

Verdad, justicia y reparación

La *justicia* de la justicia transicional

Tatiana Rincón



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1633



Debates Democráticos



Verdad, justicia y reparación:

La *justicia* de la justicia transicional

Verdad, justicia y reparación:

La *justicia* de la justicia transicional

Tatiana Rincón

COLECCIÓN DEBATES DEMOCRÁTICOS

© 2010 Editorial Universidad del Rosario
© 2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2010 Tatiana Rincón
© 2010 Rodrigo Uprimny, por el prólogo

ISBN: 978-958-738-023-1

Primera edición: Bogotá, D.C., marzo de 2010
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Lozada
Diseño de cubierta: Camilo Patiño Díaz
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Imprenta:
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 No. 13-41 Oficina 501 Tel.: 2970200, ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario.

RINCÓN, Tatiana

Verdad, justicia y reparación: la *justicia* de la justicia transicional / Tatiana Rincón.
—Facultad de Jurisprudencia y Escuela de Ciencias Humanas. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2010.
202 p.—(Colección Debates Democráticos).

ISBN: 978-958-738-023-1

Derechos humanos – Colombia / Justicia social – Colombia / Reparación – Derecho internacional
– Colombia / Democracia – Colombia / Derecho constitucional / I. Título.
/ II. Serie.

341.481 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Prólogo.....	9
Rodrigo Uprimny	

Introducción	17
--------------------	----

Capítulo 1

La justicia transicional y los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario

1. Los elementos de una concepción de la justicia en periodos de transición, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos	26
2. Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y en las decisiones de organismos internacionales de protección de estos derechos	35

Capítulo 2

Los derechos a la verdad y a la justicia

1. Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.....	45
2. El derecho a la verdad y el derecho a la justicia.....	53
2.1. El sentido del derecho a la verdad	53
2.2. Alcance y contenido del derecho a la verdad.....	56
2.3. Mecanismos para garantizar la satisfacción del derecho a la verdad	58
2.4. Alcance y contenido del derecho a la justicia.....	61
3. A modo de conclusión: los derechos a la verdad y a la justicia en un escenario de justicia transicional	70

Capítulo 3

El derecho a la reparación

1. El derecho a la reparación integral	77
1.1. El/la titular del derecho a la reparación	80
1.2. El sentido y objeto de la reparación.....	82
1.3. El alcance de la reparación.....	84

2. Reparaciones colectivas y medidas de reparación de la violación del derecho a la propiedad	88
2.1. Las reparaciones colectivas.....	88
2.2. El derecho a la propiedad: su protección y su alcance y contenido.....	102
3. El derecho a la reparación en el marco de la justicia transicional	112

Capítulo 4

Violencia sexual contra las mujeres y desplazamiento forzado de personas: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos

1. Una aproximación a la respuesta dada desde el derecho internacional de los derechos humanos, a la violencia sexual contra las mujeres en los contextos de conflicto armado y en un contexto de justicia de transición.....	122
1.1. Obligación del Estado de garantizar los derechos	124
1.2. Cambio de comportamientos, actitudes y disposiciones.....	131
1.3. La garantía efectiva de acceso de las mujeres a los recursos judiciales, en particular a los procesos penales en contextos de justicia transicional	135
2. Los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.....	150
2.1. Derechos cuya violación está contenida en la violación del derecho a no ser desplazado forzadamente	152
2.2. Algunos de los derechos cuyas violaciones están vinculadas con la violación del derecho a no ser desplazado forzadamente.....	154
2.3. Consideraciones sobre los daños que surgen de las anteriores violaciones de derechos y sobre las formas en que podrían ser abordados	157

Capítulo 5

Sobre el deber de propiciar acuerdos humanitarios

1. Las razones a favor de los acuerdos humanitarios.....	163
2. El deber jurídico de propiciar acuerdos humanitarios	170
2.1. El deber del Estado de propiciar con seriedad acuerdos humanitarios o acuerdos especiales	172
2.2. El deber de los grupos armados organizados de liberar a las personas de la población civil	180

Bibliografía	185
--------------------	-----



PRÓLOGO

Este texto de la profesora Tatiana Rincón será de una gran utilidad para todas las personas que quieran comprender con rigor la dimensión jurídica de la llamada justicia transicional, esto es, de la “justicia de la justicia transicional”, según el sugestivo título de la obra. En efecto, la profesora Rincón logra en pocas páginas una presentación rigurosa y clara, con una muy buena sistematización jurisprudencial y normativa, de un tema complejo y novedoso, pero de indudable relevancia para Colombia: la dimensión jurídica de la justicia transicional y de los derechos de las víctimas.

Para comprender el significado y la importancia de esta obra es necesario hacer unas breves consideraciones sobre la llamada justicia transicional en el mundo contemporáneo, y en especial en Colombia.

La justicia transicional es una expresión ambigua y contestada, pues es un término nuevo, sobre el cual no existe una definición o conceptualización aceptada por los estudiosos. Por ejemplo, algunos autores, como Jon Elster, consideran que es una expresión nueva, pero que hace referencia a un fenómeno muy viejo, que se remonta incluso a la Grecia Antigua, habida cuenta que tiene que ver con la manera como las democracias enfrentan los crímenes de los regímenes dictatoriales que las precedieron.¹ Para otras estudiosas, como Ruti Teitel, la justicia transicional es, por el contrario, un fenómeno contemporáneo, ya que se construye sobre el legado de los juicios de Nuremberg y supone la

¹ Ver Jon Elster (2004), *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press.

consolidación de estándares jurídicos universales relativos a los derechos de las víctimas y al deber estatal de castigar los crímenes atroces.² Con todo, a pesar de sus eventuales ambigüedades, creo que es posible construir una idea básica sobre el significado de la justicia transicional, muy cercana a la conceptualización desarrollada por la profesora Rincón en esta obra, y es la siguiente: la justicia transicional hace referencia a la idea de que luego de períodos de violaciones masivas a los derechos humanos, las transiciones de la guerra a la paz, o de las dictaduras a la democracia, no pueden hacerse de cualquier manera, sino que deben tener unos mínimos de justicia, asociados al respeto de derechos de las víctimas. Pero a su vez, el enfoque de la justicia transicional reconoce que en las transiciones operan restricciones fácticas que imponen ciertos límites a la consecución de una justicia plena, por lo cual se trata siempre de una justicia imperfecta, según la acertada expresión de Pablo de Greiff.³ En ese sentido, la justicia transicional es, por un lado, una disciplina normativa, pues exige que las transiciones respeten ciertos estándares de justicia, que hoy no son únicamente exigencias éticas, sino también normas jurídicas cuya imperatividad se ha ido consolidando en las últimas décadas; pero, de otro lado, los estudios de justicia transicional también se desarrollan con perspectivas empíricas, puesto que reconocen que la lógica de los procesos transicionales impone limitaciones a la satisfacción plena de las exigencias de la justicia y de los derechos de las víctimas. Por esa razón, como bien lo ha destacado Iván Orozco, la justicia transicional implica una tensión muy fuerte entre las posiciones que insisten en los elementos contextuales y fácticos, que particularizan los procesos y restringen la fuerza de las normas relevantes, y las pretensiones idealistas y normativas, que defienden la aplicación de estándares cada vez más universales a estos procesos.⁴

Por las anteriores razones, la justicia transicional puede ser enfocada al menos desde dos miradas, que no deben ser vistas como perspectivas excluyentes, sino como complementarias, pero que conviene distinguir. De un lado, la justicia transicional está conformada por una serie de estudios históricos y comparados que analizan fácticamente los desarrollos de los procesos transicionales e intentan establecer los factores que alimentan la dinámica de la lucha por la justicia en esos contextos. Un ejemplo de esa perspectiva es el citado trabajo de Jon Elster sobre el tema. Pero, de otro lado, la justicia transicional puede ser estudiada también desde enfoques normativos, ya sea éticos y filosóficos, o ya

² Ruti G. Teitel (2000), *Transitional Justice*. New York, NY, Oxford University Press.

³ Ver Pablo De Greiff (2004), "Reparations Efforts in International Perspectives: What Compensation Contributes to the Achievement of Imperfect Justice", en Erix Doxtader, Charles Villa-Vicencio (eds.), *To repair the irreparable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, Claremont, Dave Philip.

⁴ Ver Iván Orozco (2009), *Justicia transicional en el tiempo del deber de memoria*. Bogotá, Temis.

sea jurídicos, puesto que existe un cuerpo creciente de estándares jurídicos, en especial relativos a los derechos de las víctimas, que son considerados normas imperativas aplicables a tales procesos transicionales.

En este contexto, esta obra de la profesora Rincón se centra en explicar la dimensión jurídica o normativa de la justicia transicional, lo cual hace con gran propiedad, pues logra presentar en capítulos muy bien estructurados los elementos fundamentales del actual derecho de la justicia transicional.

Para alcanzar ese propósito, la autora realiza una muy buena combinación entre el rigor conceptual y la sistematización normativa y jurisprudencial, y esta combinación es afortunada ya que la justicia transicional es un campo complejo y debatido, por lo cual el rigor y la claridad conceptuales son esenciales; pero la sistematización normativa y jurisprudencial es igualmente importante porque el derecho de la justicia transicional tiene algunos desarrollos en normas jurídicas “duras” como el Convenio de Roma sobre la Corte Penal Internacional; no obstante, ha sido esencialmente dinamizado por la jurisprudencia de derechos humanos y por documentos de derecho suave, usualmente conocidos como *soft law*, los cuales son aquellos textos que, sin ser formalmente vinculantes, sin embargo tienen una indudable relevancia jurídica en ciertos campos del derecho, como las declaraciones de la Asamblea General de la ONU. Y es que resulta imposible hoy hablar de justicia transicional sin tomar en cuenta documentos como los llamados Principios de Joinet contra la impunidad, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han abordado el tema, o la Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2005 sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. En consecuencia, el lector encontrará en esta obra una completa sistematización sobre el contenido y el alcance de todos esos documentos, tanto de derecho duro como de *soft law*, y su importancia para la reflexión colombiana.

Además, el lenguaje del libro es claro y preciso, con lo cual la autora presenta en forma pedagógica un tema complejo y difícil. Estamos, entonces, frente a un libro sólidamente sustentado gracias a la notable combinación de claridad y rigor conceptual, compromiso ético y excelente sistematización de la información relevante en este campo.

Otra virtud de este trabajo es la manera como logra profundizar en ciertos temas especiales, pero manteniendo una coherencia global del texto. En efecto, el libro

está compuesto por cinco capítulos que tienen cierta autonomía y pueden ser leídos como ensayos independientes. Por ejemplo, el capítulo sobre reparación es en sí mismo un artículo completo y muy actualizado sobre el tema; pero, a su vez, los cinco capítulos tienen coherencia y brindan al lector una visión sistemática y completa del campo de la justicia transicional. Así, el primer capítulo desarrolla la relación general entre los derechos de las víctimas y los procesos transicionales, con el fin de defender una de las tesis básicas del texto, y que comparto tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista ético, y es la siguiente: los derechos de las víctimas representan en el mundo contemporáneo unos límites normativos que no pueden ser ignorados en los procesos transicionales. Los siguientes dos capítulos, por su parte, profundizan en la explicación de los derechos de las víctimas: así, el segundo analiza los derechos a la verdad y a la justicia, mientras que el tercero aborda el derecho a la reparación, frente al cual señala que es un derecho cuyos contenidos y alcances se encuentran aún en proceso de concreción y estructuración. Los capítulos cuarto y quinto son, en cierta forma, una aplicación de los estándares y reflexiones presentados en los tres primeros capítulos a temas de indudable importancia en Colombia como la violencia sexual, el desplazamiento forzado y la posibilidad de acuerdos humanitarios.

La autora insiste en el prólogo en que su propósito no es polemizar, sino esencialmente describir los estándares jurídicos que gobiernan los derechos de las víctimas y la justicia transicional. Y es cierto que el grueso del libro es una sistematización pedagógica y rigurosa de esos estándares, pero eso no significa que la profesora Rincón eluda la toma de posiciones en temas polémicos y difíciles, como lo hace por ejemplo en el último capítulo, sobre acuerdos humanitarios, en donde defiende su visión personal del tema. Y tanto en la sistematización de los estándares vigentes del derecho de la justicia transicional, como en la asunción de posiciones personales frente a temas polémicos, es evidente el profundo compromiso ético de la profesora Rincón con la democracia y los derechos humanos de las víctimas, compromiso que además ha demostrado en la práctica en su larga trayectoria profesional en defensa de los derechos humanos.

En general comparto las posiciones y visiones jurídicas sobre la justicia transicional de la profesora Rincón, con quien he tenido la fortuna de compartir muchos años de amistad y de enriquecedoras discusiones. Eso no significa, sin embargo, que no tenga algunas discrepancias, a veces no menores, frente a algunos de sus planteamientos. En el tema de los programas de reparaciones administrativas, en especial, tiendo a tener algunas diferencias con el análisis desarrollado por la profesora Rincón en el punto 3 del tercer capítulo, y en esta

materia tiendo a aproximarme más a las posiciones desarrolladas por Pablo De Greiff,⁵ de las cuales la profesora Rincón parece distanciarse.

El asunto es el siguiente: los tribunales tanto administrativos como de derechos humanos han establecido que las reparaciones a las víctimas de crímenes atroces deben ser proporcionales al daño sufrido, con el fin de restituir, hasta donde sea posible, a la víctima hacia la situación en que se encontraba antes del crimen. En general, los tribunales han desarrollado esos estándares al decidir casos individuales o de grupos particulares. Ahora bien, el principio de reparación proporcionada al daño parece incontrovertible frente a casos aislados de violaciones graves a los derechos humanos en una “sociedad bien ordenada”, por usar la conocida expresión de John Rawls,⁶ pues debemos esforzarnos por restaurar la dignidad y rectificar el daño ocasionado a víctimas de crímenes atroces. Por el contrario, este principio se torna enigmático en contextos transicionales, luego de violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Estas sociedades suelen enfrentar también profundas desigualdades y una amplia pobreza. Son, en cierto sentido, “sociedades bien desordenadas”. En ese tipo de contextos, el principio de reparación proporcionada al daño entra en una tensión aguda con otros deberes del Estado, en especial con su obligación de proveer servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si no han sido víctimas de crímenes atroces. Esta situación genera entonces, como he intentado mostrarlo en algunos textos, una aguda tensión entre la justicia correctiva y la justicia distributiva, si recordamos la vieja, pero aún muy útil, distinción propuesta por Aristóteles en el Libro V de su *Ética a Nicómaco*. Por consiguiente, es la tensión entre el deber de los Estados de realizar todos los esfuerzos para rectificar un daño injusto perpetrado contra una víctima (justicia correctiva), y su deber de realizar igualmente todos los esfuerzos por alcanzar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre todos los miembros de la sociedad (justicia distributiva).⁷ El principio mismo de reparación integral (o al menos proporcional al daño) conduce a paradojas difíciles. Como se explicó anteriormente, el ideal que orienta dicho principio es la restitución (*restitutio in integrum*), que implica que se deben hacer todos

⁵ Para la posición de De Greiff, ver De Pablo Greiff (2006), “Justice and Reparations”, en Pablo De Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press.

⁶ Ver John Rawls (1973), *A Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press, párr. 69.

⁷ Ver Rodrigo Uprimny (2009), “Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between corrective and distributive justice”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 27, n.º. 4. En un sentido semejante, Michael Freeman afirma: “Puede existir una tensión entre la justicia correctiva y la justicia distributiva pues las políticas que miran al pasado pueden debilitar la capacidad de la sociedad de construir un futuro más justo. Dado que los recursos son limitados, las demandas de justicia distributiva pueden implicar restricciones a las reparaciones. Sin embargo, la justicia correctiva puede ser justa en sí misma y puede contribuir a un futuro más justo y estable” (Michael Freeman (2006), “Back to the future: the historical dimension of liberal justice”, en Max Du Plessis, Stephen Pete, *Repairing the Past? International Perspectives on Reparation for Gross Human Rights Abuses*. Antwerpen, Intersentia, p. 51).

los esfuerzos para borrar los efectos del crimen y deshacer el daño ocasionado, con el propósito de restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de que el crimen ocurriera. Pero este mandato genera perplejidades: si la víctima antes del crimen era una persona pobre en una sociedad muy desigual, entonces el propósito de restitución plena parece un ideal de justicia muy débil, porque implicaría retornar a la persona a una situación previa de privaciones materiales y discriminación. En ese caso, la restitución integral “es casi cruel”,⁸ conduce a la violación de los derechos sociales de la persona y a la consolidación de una estructura social que desconoce principios de justicia distributiva. Por el contrario, si la víctima era una persona muy pudiente en una sociedad desigual, parece también injusto intentar a toda costa restablecerla en la situación en que se encontraba antes del conflicto, porque se estarían usando recursos escasos para reconstituir fortunas, cuando esos mismos recursos son requeridos urgentemente para financiar servicios sociales para población pobre no victimizada. Este resultado también parece contradecir principios de justicia distributiva, y en todo caso implica la violación de los deberes del Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ello, autores como Pablo De Greiff han argumentado que no conviene trasladar mecánicamente los criterios jurídicos desarrollados para establecer la reparación en casos individuales a la valoración global de los programas masivos. Esto no significa que esos estándares se tornen irrelevantes, pero sí que debe desarrollarse una visión de justicia específica para el diseño y valoración de los programas masivos de reparación. Yo comparto parcialmente esa conclusión, y por ello he propuesto que los programas de reparación masiva en estos contextos transicionales se orienten por una noción de “reparación transformadora”, que implica para los Estados deberes éticos y jurídicos que son al mismo tiempo más débiles y más exigentes que aquellos asociados a la idea usual de reparación integral. Los deberes estatales son, en cierta forma, más débiles en un enfoque transformador pues se acepta que, debido a consideraciones de justicia distributiva, no todas las víctimas reciban reparación integral. Pero al mismo tiempo, este concepto impone exigencias más rigurosas a las autoridades, habida cuenta de que las obliga a otorgar a las reparaciones un propósito transformador, conforme al cual las reparaciones no deberían ser vistas únicamente como una forma de rectificar un problema del pasado; deberían ser concebidas también como un instrumento para promover una transformación democrática y lograr mejores condiciones de justicia distributiva para todos.

⁸ Rubén Carranza (2009), *The Right to Reparations in Situation of Poverty*. ICTJ briefing, presentado a la Conferencia en la Haya en Septiembre de 2009 “Fighting Impunity in Peace Building Contexts”.

La profesora Rincón, aunque reconoce la pertinencia de esas preocupaciones, parece escéptica frente a la idea de que existan estándares diversos para valorar las reparaciones en casos individuales y frente a los programas masivos de reparación, ya que considera que esa divergencia podría implicar un debilitamiento de los estándares existentes. Además, según su parecer, ciertos desarrollos jurisprudenciales recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006), o de la Corte Internacional de Justicia (en la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* de 2004) parecen sugerir que los estándares que gobiernan los casos individuales deben ser semejantes a aquellos que deberían usarse para valorar los programas masivos. Tiendo a discrepar de la visión de la profesora Rincón en este punto, pero creo que se encuentra muy rigurosamente sustentada, y que por consiguiente invita a una discusión de este difícil tema.

Señalo esta discrepancia parcial con el planteamiento de la profesora Rincón en este punto específico, para resaltar nuevamente la seriedad y calidad de sus planteamientos; incluso cuando uno discrepa de ellos, es evidente el rigor con el cual la autora los desarrolla. Por todo lo anterior, estoy convencido de que estamos frente a una obra valiosa que será de enorme utilidad, no sólo para la labor docente y la divulgación de los derechos de las víctimas, sino también como insumo para numerosos debates políticos y jurídicos que la sociedad colombiana deberá enfrentar en los próximos años.

Rodrigo Uprimny

Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad
“DeJuSticia” y profesor de la Universidad Nacional



INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el sentido de escribir, y de escribir un libro? Esta puede parecer una pregunta retórica, pero puede no serlo. En *El diluvio*, de J. M. G. Le Clézio, uno de los personajes se hace esta pregunta: ¿cómo queda aún gente que escriba? Porque a fin de cuentas, dice, esto no sirve para nada. “Es estúpido, es egoísta. Y además es el placer de darse a comer a los otros. Y además es tan pesado.” Tal vez sí convenga, entonces, preguntar por qué y para qué este libro. Debo responder que es el producto de aceptar una propuesta hecha por la profesora Camila de Gamboa, directora del Doctorado en Derecho y del Grupo en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario: ¿por qué no compartir, de una forma más amplia, varios de los escritos producidos, y de las reflexiones hechas, en el ejercicio de mi trabajo como asesora y consultora en derecho internacional de los derechos humanos? Dado que muchos de esos escritos han estado dirigidos a públicos reducidos y, en ocasiones, a públicos más especializados, ¿Por qué no considerar la posibilidad que muchas más personas puedan acceder a ellos? ¿Por qué no trabajar en un libro que pueda recogerlos adecuadamente? Bueno, este libro es la materialización de esa propuesta.

En los cinco capítulos que integran el libro he realizado un trabajo, digamos, mixto: he usado, en primer lugar, parte de algunos de los materiales de base que he elaborado y en los que me he apoyado para producir algunos documentos, cuando estos documentos han tenido una destinación específica y no son de difusión pública. De esta manera, al usar solo algunos de los materiales de base, consistentes en reconstrucciones y sistematizaciones de estándares internacionales, respeto la reserva de esos documentos. En segundo lugar, he

reelaborado varios de esos materiales de base, para ampliarlos, actualizarlos y adecuarlos a la lógica de un libro, dividido en varios capítulos. Y, finalmente, he incorporado, casi sin modificaciones sustanciales, los textos de algunas ponencias y de algunos escritos realizados, no sólo en mi calidad de asesora y consultora, sino, también, en mi calidad de profesora de la Universidad del Rosario. He asumido que estas ponencias y escritos son el producto, en gran parte, del trabajo que hago en la Universidad, y por eso he considerado apropiado integrarlos a este libro.

Ahora bien, en la medida en que la mayor parte de los textos han sido escritos tratando de responder a problemas y a preguntas surgidos en el contexto del particular proceso de justicia transicional que Colombia parece haber iniciado a partir de la aprobación de la Ley 975 de 2005, el libro tiene un hilo conductor: la relación entre justicia transicional y estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Así, en el primer capítulo busco presentar, brevemente, formas y momentos de esa relación. Allí sugiero una idea, que trato de desarrollar, a modo de tesis, en ese capítulo y en los siguientes: si bien los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición no son derechos vinculados exclusivamente a la justicia transicional, porque son derechos que las personas tienen en razón de su calidad de víctimas de violaciones de otros derechos humanos, sin embargo, sí son derechos que en los procesos transicionales adquieren una especial relevancia, porque emergen como límites normativos de las decisiones políticas que toman tanto los gobernantes como las mismas sociedades. La garantía de estos derechos, y la forma en que ello se logra, conforman, en ese sentido, el núcleo normativo duro de justicia de la llamada justicia transicional. Es decir, la existencia de un marco normativo internacional de derechos humanos, aplicable en todo momento, incluidos los periodos transicionales, nos está recordando —y nos debe recordar— que no toda decisión política está permitida, que hay límites normativos a esas decisiones y que el desconocimiento de esos límites implica no solo responsabilidades políticas y éticas, sino también responsabilidades jurídicas internacionales. Hoy no nos movemos en los mismos contextos políticos que permitieron a Machiavelli escribir *El Príncipe* y a los teóricos del realismo político de la primera mitad del siglo XX describir y apostar por el ejercicio del poder político como un poder liberado de exigencias normativas distintas a las de la mera racionalidad instrumental. El derecho internacional de los derechos humanos existe como una *realidad* con la cual deben contar, hoy, los actores políticos en cualquier sociedad integrada a la comunidad internacional. Y esa realidad es particularmente notoria y relevante cuando tratamos de dar cuenta de los procesos transicionales.

Siguiendo esta idea, en el segundo capítulo presento algunos de los estándares internacionales que articulan los derechos a la verdad y a la justicia, y trato de mostrar cómo entran en relación con algunos de los mecanismos de la justicia transicional. La intuición que trato de expresar en este capítulo es que no solo los estándares internacionales alimentan y guían los procesos de justicia transicional, sino que también los mecanismos de esta forma de justicia y las experiencias concretas de justicia transicional, vividas por distintos países, han contribuido a enriquecer los estándares internacionales de derechos humanos. Mi intuición es que ciertas experiencias concretas de justicia transicional han funcionado como *normatividad ejemplar*, usando el concepto de Alessandro Ferrara (2008), esto es, con la fuerza “de lo que es como debería ser”, y, de ese modo, han abierto y mostrado dimensiones nuevas de normatividad, recogidas hoy en nuevos estándares de derechos humanos. Esta particular relación entre procesos transicionales y normas internacionales de derechos humanos tiene el efecto de ir cualificando también la justicia transicional y de hacer cada vez más exigentes los contenidos normativos que las sociedades en procesos de transición deben cumplir.

En el tercer capítulo, dedicado al derecho a la reparación, busco mostrar la complejidad que tiene este derecho y la consecuente complejidad que tiene su efectiva realización, mostrando, además, algunos de los elementos de la discusión que hoy existe sobre la relación entre los estándares internacionales y los mecanismos de la justicia transicional. Mi intuición aquí es que, a diferencia de lo que parece suceder con los derechos a la verdad y a la justicia —con respecto a los cuales los estándares internacionales se han consolidado con mayor rapidez y definen, en forma más clara, los límites normativos de la justicia transicional— en relación con la garantía del derecho a la reparación en contextos transicionales la discusión está abierta. A esto se suma, desde mi perspectiva, el proceso en construcción en el que aun se encuentran algunas dimensiones de la reparación y algunas formas de reparación.

Después de las aproximaciones hechas en estos primeros capítulos, en el capítulo cuarto trato de mostrar cómo funcionan los estándares internacionales que articulan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con respecto a las violaciones de ciertos derechos, en concreto, con respecto a las violaciones producidas por la violencia sexual sufrida por las mujeres en el escenario del conflicto armado, y de las violaciones sufridas como consecuencia del desplazamiento forzado interno de personas. En estos dos casos, además de la aproximación general, he tenido en cuenta el contexto del conflicto armado que vive Colombia desde hace varias décadas. La selección de estas dos situaciones, y no de otras, obedece, fundamentalmente, a que son temas de mi especial


preocupación y sobre los cuales he tenido la oportunidad de escribir. Y, finalmente, en el capítulo quinto recojo algunas reflexiones hechas en relación con el conflicto armado colombiano: por qué podemos decir que, como ciudadanos y ciudadanas, tenemos potentes razones para defender un escenario de acuerdos humanitarios, y por qué podemos decir, también, que hay un deber jurídico, de parte de los actores del conflicto, de propiciar los acuerdos humanitarios. Es una reflexión que está estrechamente vinculada con los temas tratados en el capítulo cuarto y con mi interés en los procesos de justicia transicional. En este último capítulo matizo el método más descriptivo que uso en los otros capítulos, para —como dice Jorge Luis Lázaró— dejar escuchar un poco más mi voz de autora.

En el libro no busco polemizar. No ha sido la pretensión de los materiales y escritos que lo alimentan. En mi condición de asesora y consultora de derecho internacional de los derechos humanos he tratado de contribuir a encontrar, desde los estándares internacionales, respuestas a preguntas sobre cómo proteger los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en un escenario que se define como de justicia transicional. Y, desde esa finalidad, los escritos no tienen el ánimo de polemizar, sino de mostrar los estándares. Sin embargo, en todos los capítulos sí dejo sugeridos interrogantes, que giran en torno a esa enriquecedora pero también tensa relación entre los estándares internacionales de los derechos humanos y los mecanismos y usos de la justicia transicional. Mi intención es que sean esas preguntas sugeridas, no formuladas expresamente, las que contribuyan a incentivar la reflexión y el debate crítico sobre esa relación.

Agradezco a la profesora Camila de Gamboa su propuesta y el haberme animado a aceptarla y concretarla, y agradezco también a ella y a Andrés Molina, Laly C. Peralta, Ethel N. Castellanos, Camilo Castillo y Jorge Luis Lázaró, profesores y profesoras que integran la Línea de Investigación Democracia y Justicia de la Universidad del Rosario, por la paciente lectura de los capítulos y por todas las observaciones y sugerencias hechas para mejorarlos. Agradezco también a Edna Margarita García por sus observaciones. En varios de los capítulos he tratado de dejar consignadas, expresamente, algunas de esas observaciones y sugerencias.



CAPÍTULO 1



LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario tienen una serie de derechos, reconocidos en diferentes instrumentos internacionales.¹ Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoció el derecho de toda persona a “un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966³ reconoció nuevamente este derecho precisando tanto su alcance como la obligación de los Estados de garantizar su efectivo acceso a las personas bajo su jurisdicción.⁴

¹ De acuerdo con la definición de instrumentos internacionales adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “la noción de instrumentos internacionales es más amplia que la de tratados, dado que incluye los actos unilaterales de organizaciones internacionales y los instrumentos concertados no convencionales, además de los tratados propiamente dichos”. (Comisión de Derechos Humanos, *Aplicación universal de los tratados internacionales de derechos humanos*, Informe preliminar preparado por el Sr. Emmanuel Decaux, Relator Especial encargado de realizar un estudio detallado sobre la aplicación universal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/8, 6 de julio de 2004, párr.7). En igual sentido, Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999, párr. 115. Esta es la definición que asumo en este capítulo y en los siguientes.

² Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8.

³ El PIDCP entró en vigor el 23 de mayo de 1976.

⁴ El artículo 2.3 del PIDCP consagra lo siguiente: “3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación

Un reconocimiento similar fue hecho, a nivel de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950,⁵ por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969,⁶ y, también, por la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981.⁷ Como veremos un poco más adelante, el derecho a un recurso judicial efectivo frente a violaciones de derechos humanos —garantizado en todos estos instrumentos— ampara un conjunto de derechos que nos son hoy familiares, y que identificamos, generalmente, como el conjunto de derechos del que son titulares las víctimas de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y el derecho a garantías de no repetición.⁸ Igualmente, en el derecho internacional humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus Protocolos adicionales de 1977, establecen, en relación con las infracciones graves del derecho internacional humanitario, la obligación de los Estados tanto de prohibirlas y prevenirlas como de investigar y juzgar a quienes las hayan cometido. Estas obligaciones

hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁵ El CEDH establece en su artículo 13: “Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

⁶ La CADH entró en vigencia el 18 de julio de 1978. En su artículo 25 prevé lo siguiente: “Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁷ La Carta de Banjul establece en su artículo 7.1.a) lo siguiente: “1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes”.

⁸ Las víctimas de violaciones de derechos humanos y/o derecho internacional humanitario tienen, junto a estos derechos, otros derechos, entre ellos, el derecho a ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad, y el derecho a medidas apropiadas para garantizar su seguridad física, su bienestar psicológico y físico y su intimidad. Al respecto, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, principio 10. En este capítulo y en los capítulos siguientes voy a centrarme en los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a garantías de no repetición.

deben ser cumplidas en tiempos de paz y durante los conflictos armados.⁹ Los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición han sido reconocidos, además, en forma expresa, en instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario más recientes, a los que también me referiré.

Por tanto, cuando hablamos de los derechos de las víctimas, hablamos de derechos humanos que han sido reconocidos internacionalmente y que, conforme al derecho internacional, los Estados tienen la obligación de garantizar y respetar en todo momento.¹⁰ Es decir, los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, no son derechos vinculados exclusivamente a la justicia transicional. Son derechos que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, las personas tienen en razón de su calidad fáctica de víctimas de violaciones de otros derechos humanos.¹¹ Sin embargo, en los procesos transicionales estos derechos adquieren una especial relevancia, porque emergen como límites normativos que deben ser considerados en las decisiones políticas que toman tanto los gobernantes como las mismas sociedades. Podría decirse, en ese sentido, que la garantía de estos derechos, y la forma en que ello se logra, conforman el núcleo normativo duro de *justicia* de la llamada justicia transicional.

En este capítulo voy a tratar de desarrollar esta última idea, esto es, el carácter de límite normativo de la decisión política que tiene el núcleo normativo duro de la justicia transicional. Para ello, iniciaré con una aproximación a los elementos de la justicia transicional desde la propia normativa internacional de los derechos humanos (1), y terminaré con una breve descripción de los contenidos de los derechos tal y como han sido reconocidos en varios instrumentos internacionales y en las decisiones de algunos de los organismos internacionales de

⁹ Ver, al respecto, en relación con cada uno de los cuatro Convenios, los artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente. Puede verse, también, CICR, *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario*, Carpeta Informativa, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, 21-4-2004.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en vigor a partir del 27 de enero de 1980), que establece el principio *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” La misma Convención prevé también en su artículo 27, sobre el derecho interno y la observancia de los tratados, que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

¹¹ Conviene aclarar que cuando hago referencia al “reconocimiento” de derechos o a la “titularidad” de los mismos, estoy, de un lado, haciendo uso de conceptos que son propios del lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos y, del otro, señalando que se trata de derechos humanos expresamente protegidos por normas jurídicas. No es mi intención la de insinuar una distinción entre derechos positivizados y derechos no positivizados (naturales o morales). Agradezco a Camilo Castillo el haberme llamado la atención sobre la conveniencia de hacer esta aclaración.

protección de los derechos humanos (2). Un desarrollo más detallado de este segundo punto es el objeto de los capítulos siguientes.

1. Los elementos de una concepción de la justicia en periodos de transición, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

Reconociendo que no hay, aún, un consenso teórico sobre el alcance, sentido y límites del concepto de *justicia transicional*,¹² sí podríamos adoptar —a partir de los elementos identificados por los teóricos y teóricas de la justicia transicional, y para los efectos de este capítulo— la siguiente definición: la justicia transicional responde a una concepción de la justicia vinculada a los momentos de transición política de una situación de dictadura hacia la democracia o de una situación de conflicto armado o de guerra civil hacia la paz, que busca lidiar con un pasado de graves violaciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario, enfrentando los crímenes cometidos bajo regímenes represores o durante el conflicto armado o la guerra civil.¹³ Conforme a esa caracterización, y al desarrollo conceptual que de la misma se ha hecho, la justicia en periodos de transición contempla mecanismos que buscan dar cuenta de los elementos de verdad, de justicia penal, de reparación y de cambios institucionales.¹⁴ Esto significa que la justicia transicional no solo tiene que ver con la garantía de la justicia retributiva penal con respecto a los crímenes cometidos en el pasado, sino que pretende dar cuenta de una noción mucho más amplia de justicia, en la que el conocimiento de lo que pasó, la reparación de los daños causados a las víctimas por los crímenes y las violaciones cometidas y el diseño de instituciones que garanticen que los horrores del pasado no volverán a repetirse ocupan también un lugar primordial.¹⁵ La justicia transicional es, en este sentido, una justicia que mira tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

¹² Al respecto, pueden leerse las interesantes reflexiones introductorias de Angelika Rettberg en Angelika Rettberg (ed.) (2005).

¹³ Al respecto, Iván Orozco (2009); Mark Osiel (2000); Pablo de Greiff (2007); Jon Elster (2006); Carlos S. Nino (1998); Elizabeth Salmón (2006); Ruti Teitel (2000); Rodrigo Uprimny (2006).

¹⁴ Al respecto, Pablo de Greiff (2006; 2007); Jon Elster (2006); Rodrigo Uprimny (2006); Juan Méndez (1997).

¹⁵ En este sentido, y en términos de las tensiones internas con las que tiene que lidiar la justicia transicional, esta no se limita a tratar de garantizar en la negociación política que los autores de los crímenes y atrocidades cometidas en el pasado sean investigados, juzgados y sancionados penalmente —o que lo sean en alguna medida— sino que tiene que lidiar, a la vez, con las tensiones que surgen en torno a los otros elementos. Descubrir o establecer la verdad de lo que pasó (quiénes fueron los autores, como actuaron, por qué hicieron lo que hicieron) y hacerla pública, para que las sociedades se apropien conscientemente de ella, no es una labor pacífica, que no encuentre fricciones, como tampoco lo es decidir y definir cómo se repara a las víctimas o cuáles son los cambios institucionales que una sociedad debería promover y adoptar para no vivir hechos similares a los sufridos en el pasado que busca superar. Puede verse, al respecto, entre otros: IIDH (2005); Due Process of Law Foundation (2007).

La evolución de esta concepción de la justicia desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial (con los juicios llevados a cabo por los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y de Tokio) —con un modelo de justicia de transición que dio prioridad a la justicia retributiva penal— hasta el momento actual —con modelos que reconocen igual importancia a la justicia penal, a los espacios no judiciales de la verdad y de construcción de memoria colectiva, a la reparación de los daños sufridos por las víctimas y por las propias sociedades, a los cambios institucionales garantes de la no repetición, y a la construcción de condiciones favorables a la reconciliación— ha sido notoria.¹⁶ Expresión de esa evolución ha sido, entre otros hechos y en las tres últimas décadas, la mayor visibilización de las víctimas, el lugar activo que a ellas se les reconoce en los distintos mecanismos que articulan un proceso de justicia transicional, y el reconocimiento del carácter de derechos humanos que tienen sus demandas por saber lo que pasó y sus reclamos por los daños y sufrimientos padecidos.¹⁷ Podría considerarse, también, como manifestación de la evolución y desarrollo que ha tenido en los años recientes esta concepción de la justicia, la promoción expresa, por las Naciones Unidas, de estrategias de justicia transicional — como respuesta a graves situaciones de conflicto— vinculadas estrechamente a políticas de fortalecimiento de la capacidad de los Estados para defender y proteger los derechos humanos.¹⁸ Es importante resaltar, al respecto, que el hecho que los distintos órganos de las Naciones Unidas otorguen a la justicia transicional y a sus mecanismos un lugar relevante en las transiciones, como una forma de garantizar la vigencia de los derechos humanos tanto en el periodo transicional como en las fases post-transicionales, reafirma la obligación que los Estados tienen de garantizar, en todo momento, los derechos a la verdad, a la justicia, a la

¹⁶ Al respecto, Rainer Huhle (2005); Ruti Teitel (2000; 2003); Catalina Botero y Esteban Restrepo (2006).

¹⁷ En los juicios de Nüremberg y de Tokio no se contempló, por ejemplo, la participación de las víctimas. Esta participación, con el fin de garantizarles en el proceso penal internacional el ejercicio de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, solo fue reconocida y regulada expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (“Corte PI” o “CPT”), y en sus Reglas de Procedimiento y Prueba. La Corte PI ha señalado al respecto que de esta forma se logra un balance entre la justicia retributiva (conduciendo los criminales internacionales ante la Corte) y la justicia restaurativa (contribuyendo con las víctimas mismas a obtener justicia). La forma precisa de participación de las víctimas —desde la etapa de la investigación y de manera amplia— fue decidida por la CPI, por primera vez, en relación con el *Caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06. En igual sentido, el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, establece, en el Principio 19, el deber de los Estados de garantizar la participación de las víctimas, sus familiares o herederos en los procesos penales, y en el principio 32 el deber de garantizar que las víctimas y otros sectores de la sociedad civil desempeñen un “papel significativo” en la elaboración y aplicación de los programas de reparación. Resulta igualmente dicente, en el mismo sentido, el lugar especial que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha dado a las voces e historias de las víctimas en sus decisiones y en el registro de la memoria de sus actividades. Puede consultarse en su página web el sitio “Voces de las Víctimas”, disponible en <http://www.icty.org/sections/Outreach/VoiceoftheVictims>. Sobre el rol de las víctimas ante estos tribunales, puede verse Carla del Ponte (2009).

¹⁸ Al respecto, Naciones Unidas, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Informe anual, 2006.

reparación y a las garantías de no repetición. De este modo, el núcleo normativo duro de la justicia transicional, de un lado, se fortalece al quedar vinculado con obligaciones internacionales explícitas de los Estados en materia de derechos humanos y, del otro, se evidencia, con más claridad, como el marco normativo básico dentro del cual deben ser tomadas tanto las decisiones políticas que dan paso a la transición política como las que la materializan institucionalmente.

Esta evolución de la justicia transicional ha estado acompañada por un enorme desarrollo (cuantitativo y cualitativo) de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. Se podría decir, en este sentido, que si en una primera fase (la del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg) la justicia de transición significó, ella misma, un fuerte impulso al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁹ en las fases posteriores y, particularmente, en la fase contemporánea, han sido los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional, así como las decisiones de los órganos internacionales, los que han determinado el marco mínimo normativo de evolución de la concepción de la justicia transicional.²⁰ Sin embargo, se podría sugerir también que, en la fase más reciente, la relación entre estos instrumentos y decisiones internacionales, de un lado, y la justicia transicional, del otro, parece haber dado paso a una forma más compleja, de doble vía: la justicia transicional está delimitada, en su núcleo normativo duro, por los principios y estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario,²¹ pero, a su vez, a través de la implementación en contextos y situaciones concretas de los mecanismos de justicia transicional, esta aporta, a partir de la experiencia, a la formulación de

¹⁹ Por ejemplo, los Principios de Nüremberg se codificaron en 1950, con posterioridad a la celebración de los juicios.

²⁰ Sigo, aquí, para efectos de comprender la evolución de la concepción de la justicia transicional, la genealogía de la justicia transicional propuesta por Ruti Teitel (2003): una primera fase (o Fase I) corresponde al modelo de justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial; una segunda fase (o Fase II) corresponde al modelo de justicia de las transiciones políticas de las dos últimas décadas del Siglo XX (incluidas las transiciones del Cono Sur en América Latina); y una tercera fase (o Fase III) corresponde a un periodo de “expansión y normalización” de la justicia transicional.

²¹ El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha pedido, en ese sentido, a la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos que asista a los Estados en el diseño, establecimiento e implementación de mecanismos de justicia transicional “desde la perspectiva de los derechos humanos”: “*Requests the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights to continue to enhance its leading role, including with regard to conceptual and analytical work regarding transitional justice, and to assist States to design, establish and implement transitional justice mechanisms from a human rights perspective, while stressing the importance of close cooperation between the Office of the High Commissioner and other relevant parts of the United Nations as well as other international and non-governmental organizations with regard to incorporating human rights and best practices into the development and implementation of transitional justice mechanisms and to the ongoing process of strengthening the United Nations system in the area of the rule of law and transitional justice*” (Resolución del 24 de septiembre de 2008, A/HRC/9/L.11, pp. 41-42).

nuevos principios de derechos humanos, a la mejor comprensión de principios ya existentes y a la ampliación y mejoramiento de los estándares.²² Y, en una segunda vuelta, los nuevos principios y los estándares enriquecidos entran a jugar y a delimitar otra vez más los procesos de justicia transicional.

Lo anterior significa, entre otras cosas, que el derecho internacional de los derechos humanos está íntimamente vinculado a los procesos transicionales. Es un marco normativo que, de una parte, debe ser tenido en cuenta en dichos procesos, y, de otra, se nutre sustantivamente de estos procesos. Esta condición se ha hecho mucho más explícita a partir de la aprobación por las Naciones Unidas, en 1997, del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,²³ y de la aprobación más reciente (en 2005) de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.²⁴ En el sistema interamericano de derechos humanos (como sistema regional) esa condición, en términos de los requerimientos que los principios y estándares internacionales imponen a la justicia transicional, se hizo claramente explícita a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵ en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*, en la que la Corte IDH declaró inadmisibles las disposiciones de amnistía y de prescripción, y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos,²⁶ por considerar que contravienen “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.²⁷ Esta declaración de inadmisibilidad fue ampliada por la Corte

²² En este sentido, por ejemplo, la serie de Naciones Unidas de *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades en post-conflicto*: “comisiones de verdad”; “cartografía del sector de la justicia”; “supervisión del sistema de justicia”; “iniciativas de enjuiciamiento”; “procesos de depuración: marco operacional”; “programas de reparaciones”; y “aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos”. Pueden consultarse en publicaciones de la página web de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/SpecialIssues.aspx>

²³ Comisión de Derechos Humanos, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997. En adelante, “Principios contra la Impunidad”.

²⁴ Asamblea General, Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006. En adelante, “Principios y Directrices”.

²⁵ En adelante, “Corte Interamericana” o “Corte IDH”.

²⁶ Entre ellas, la tortura, las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias y la desaparición forzada de personas.

²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41. La Corte Interamericana ha reiterado esta jurisprudencia en sus posteriores sentencias. Entre otras, puede verse, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 194; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 112; *Caso Baldeón*

Interamericana, en sentencias posteriores, a las medidas que pretendan “suprimir los efectos de la sentencia condenatoria”.²⁸ Pero, a la vez, desde el otro lado de la relación, el de los aportes de la justicia transicional a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha sido particularmente sensible al reconocimiento de los trabajos de las comisiones de la verdad, cuando estas comisiones cumplen con ciertos principios, así como a incorporar sus resultados como parte de los argumentos que sustentan sus decisiones.²⁹ La Corte IDH ha reconocido expresamente, además, en algunos casos, que el esfuerzo de esclarecimiento sobre lo que sucedió en el pasado, realizado por estas comisiones, constituye un principio de reparación para las víctimas. Así, en el *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, la Corte IDH dijo lo siguiente:

La Corte valora como un principio de reparación la aprobación de la Ley 2225 “por la cual se crea la Comisión de la Verdad y Justicia” para “investigar hechos que constituyen o pudieran constituir violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes estatales o paraestatales entre mayo de 1954 hasta la promulgación de la Ley”. Al respecto, el Tribunal considera que el trabajo de dicha Comisión podría contribuir a la búsqueda de la verdad de un período histórico del Paraguay, por lo que ello constituye un esfuerzo muy importante realizado por parte del Estado. Al respecto, el Tribunal insta al Estado a que continúe con el desarrollo de la misma.³⁰

García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 201; *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 108; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 262; *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, Reparaciones y costas, sentencia de 3 de julio de 2004, párr. 83; y *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 276.

²⁸ Al respecto, entre otras, Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 108; y *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, Reparaciones y costas, sentencia de 3 de julio de 2004, párr. 83.

²⁹ En el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, nota de pie de página 37, la Corte IDH dijo lo siguiente, en relación con las comisiones de la verdad: “La Corte estima que el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de *comisiones de la verdad* o de *esclarecimiento histórico* como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 131 y 134; *Caso Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 17, párr. 128, y *Caso La Cantuta*, *supra* nota 16, párr. 224”.

³⁰ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 169. En el *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 196, la Corte IDH dijo también lo siguiente: “... los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho de conocer la verdad. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. Por otra parte el conocer la verdad facilita a la sociedad

En una dirección similar, en lo que atañe a los requerimientos impuestos por los principios y estándares internacionales de derechos humanos, la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma o Estatuto de la Corte Penal Internacional,³¹ y su entrada en vigor en 2002,³² reafirmó la exigencia internacional de ajustar los procesos transicionales a unos estándares básicos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, garantes de los derechos a justicia, verdad, reparación y a garantías de no repetición.³³ Esto ha permitido que las decisiones y/o pronunciamientos de distintos órganos internacionales de protección de los derechos humanos se apoyen, hoy, en la existencia de la Corte Penal Internacional, en su Estatuto y Reglamento, y en sus primeras decisiones, para reafirmar la obligación internacional que los Estados tienen, en todo momento, de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, incluidas las violaciones cometidas en el pasado.³⁴

En este contexto, y en sintonía con los principios sistematizados en los Principios contra la Impunidad y en los Principios y Directrices, así como con el Estatuto de Roma, las instancias políticas de las Naciones Unidas (como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, y el Secretario General) han abogado reiteradamente por la rendición de cuentas de los autores de las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el periodo anterior a las transiciones. Al respecto, el Secretario General señaló en su Informe de 2005:

peruana la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro. En este sentido la Corte valora como un principio de reparación el esfuerzo hacia el esclarecimiento de los hechos del caso por parte de la CVR.”

³¹ Naciones Unidas, Asamblea General, A/CONF.183/9, 17 de julio 1998.

³² El Estatuto de Roma entró en vigor el 1º de julio de 2002.

³³ Los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), como precedentes históricos de la Corte Penal Internacional, hicieron explícita esta exigencia en relación con procesos transicionales determinados. Es innegable que los juicios surtidos ante ellos, sus decisiones judiciales y sus sentencias conforman una valiosa experiencia, no solo sobre la forma en que los Estados —y la comunidad internacional, en general— deben y pueden garantizar, en las transiciones políticas, el derecho a la justicia, sino también sobre las formas en que pueden ser garantizados, a través de mecanismos judiciales, los derechos a la verdad y a la reparación. Estos tribunales han contribuido, también, a través de sus sentencias, a la integración de los estándares de derechos humanos en las decisiones judiciales. E, igualmente, han contribuido a la construcción de caminos que buscan promover la reconciliación en las sociedades afectadas por los crímenes de los que han tenido que ocuparse.

³⁴ La referencia al derecho penal internacional y a las cortes penales internacionales no solo aparece en las decisiones y/o pronunciamientos de órganos internacionales de protección de los derechos humanos, sino también en los mismos instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el Preámbulo de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, se hace referencia expresa al derecho penal internacional, y en su artículo 9, se hace referencia a la jurisdicción penal internacional.

A través de una dura experiencia, la humanidad ha cobrado conciencia de la necesidad de incorporar en los acuerdos de paz disposiciones sobre los derechos humanos y el imperio del derecho y asegurarse de su cumplimiento. Una experiencia todavía más dura nos ha llevado a afrontar el hecho de que nunca debe permitirse que ningún principio jurídico —ni siquiera la soberanía— sirva de pretexto para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el sufrimiento humano generalizado.³⁵

En esa perspectiva, estos órganos de las Naciones Unidas han propiciado la incorporación, en los recientes acuerdos de paz, de mecanismos y procedimientos transicionales tendientes a garantizar la investigación y juicio de los autores de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio, así como el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.³⁶ En varias de las situaciones bajo su supervisión, estas instancias de Naciones Unidas han señalado, además, expresamente que “la justicia es un requisito indispensable para lograr la reconciliación nacional en forma sostenible”³⁷ y han reconocido también el papel que la justicia cumple en el mantenimiento de la paz.³⁸

Pero no solo han sido los órganos políticos de las Naciones Unidas los que han promovido el fortalecimiento del núcleo normativo de la justicia transicional, y, de este modo, estrechado los vínculos internos entre derecho internacional de los derechos humanos y justicia transicional, sino también los órganos de supervisión de la situación de derechos humanos, como, por ejemplo, los procedimientos especiales de Naciones Unidas. El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, ha insistido, al respecto, en el vínculo íntimo que existe, en la transición y en la fase post-transicional, entre lograr la paz y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, destacando, de un lado, el deber de todas las partes vinculadas a los conflictos armados de respetar los derechos humanos, y, del otro, el deber de los Estados de investigar y juzgar

³⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Secretario General, *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad, y derechos humanos para todos*, A/59/205, 21 de marzo 2005, párr. 129.

³⁶ Ver, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Primer informe del Secretario General sobre la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Burundi. S/2007/287, 17 de mayo de 2007, párr. 48 y 49, 56 y Cuarto informe. S/2008/745 de 28 de noviembre de 2008, párr. 59 y 60; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General presentado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 30 de la Resolución 1546 (2004). S/2007/330, 5 de junio de 2007, párr. 31 y 32; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General sobre la solicitud de Nepal relativa a la asistencia de las Naciones Unidas a su proceso de paz. S/2007/7, párr. 44; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General sobre la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste correspondiente al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2007. S/2007/50, 1º de febrero de 2007, párrs. 18 - 28.

³⁷ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General sobre la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste correspondiente al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2007. S/2007/50, 1º de febrero de 2007, párr. 8.

³⁸ Al respecto, Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/54/119, 2 de diciembre 1999, sobre Bosnia Herzegovina.

a los autores de violaciones a estos derechos, de indemnizar a las víctimas y de tomar las medidas que garanticen la no repetición de violaciones de los derechos humanos.³⁹ Pero, a su vez, y con respecto al valor reconocido a los mecanismos de justicia transicional, el Relator Especial ha destacado —al igual que lo ha hecho la Corte IDH— el papel que pueden cumplir las comisiones nacionales de investigación, incluidas en ellas las comisiones de la verdad, cuando actúan conforme a ciertos criterios. Así, ha señalado, entre otras cuestiones:

una comisión puede prestar a un gobierno asesoramiento bien documentado acerca de las reformas institucionales necesarias para impedir que se repitan incidentes análogos en el futuro. Puede ejercer una función trascendental que, por lo general, no procede que la ejerzan ni la policía, ni el ministerio público ni los tribunales, que es la de esclarecer las causas profundas de los atentados graves contra los derechos humanos o las causas de la impunidad de que gozan los autores de tales atentados. Al indagar las causas de esos atentados, una comisión puede constituir el primer paso de un gobierno para adoptar medidas destinadas a evitar que se repitan y velar por que sus instituciones, sus políticas y sus usos garanticen el derecho a la vida de la manera más efectiva posible. Y, lo que es importante, cuando resulte que las instituciones ordinarias sean incapaces de combatir la impunidad, una comisión puede proponer reformas estructurales o de largo plazo para subsanar las deficiencias institucionales de la justicia penal. Cuando una comisión se utiliza de ese modo y el Gobierno aplica sus recomendaciones, ello puede constituir un medio efectivo para que el Estado reforme sus instituciones de justicia penal para que cumplan

³⁹ Por ejemplo, en relación con la preocupante situación de derechos humanos vivida por Sri Lanka, después del Acuerdo de Cese al Fuego firmado en febrero de 2002 entre el Gobierno y el movimiento rebelde Tigres de Liberación del Ealam Tamil, el Relator Especial hizo las siguientes recomendaciones: “a) la necesidad de establecer un amplio acuerdo de derechos humanos y un mecanismo internacional eficaz para la vigilancia de los derechos humanos; b) la importancia de que todas las partes respeten el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; c) el compromiso renovado del Gobierno de no colaborar con el grupo Karuna; d) los acuerdos para indemnizar a las familias de todos los no combatientes muertos en el conflicto; e) la investigación policial efectiva de todas las ejecuciones extrajudiciales; f) un programa de formación sobre detección de delitos e investigación criminal destinado a todos los reservistas de la policía; g) un programa de reclutamiento de agentes de policía tamiles y que hablen tamil, sobre todo en las zonas septentrional y oriental; h) el nombramiento inmediato de los miembros de la Comisión Nacional de Policía y la confirmación de su papel fundamental para la promoción y la disciplina de los agentes de policía; i) la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; j) la necesidad de que los Tigres de Liberación del Ealam Tamil adopten medidas concretas para demostrar que se toman en serio los derechos humanos y denuncien de manera inequívoca las muertes que se les atribuyen y en las cuales niegan su responsabilidad; k) el compromiso de los Tigres de Liberación del Ealam Tamil de no violar los derechos humanos y no colaborar con los representantes civiles armados; l) la mejora de la labor de la Misión de Supervisión de Sri Lanka en el ámbito de los derechos humanos, a la espera de una iniciativa de vigilancia de los derechos humanos más amplia; y m) la iniciación de un diálogo basado en los derechos humanos entre los gobiernos de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas en los que existe una importante diáspora tamil y los integrantes de esa diáspora.” (Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, Philip Alston, 27 de marzo de 2006, E/CN.4/2006/53/Add.5, Resumen).

su obligación de investigar, juzgar y sancionar las infracciones de los derechos humanos en el futuro.⁴⁰

Después de esta breve mirada podemos aproximarnos a dos conclusiones. En primer lugar, podemos decir que hoy parece existir, en la comunidad internacional, una mayor claridad, desde la perspectiva de los derechos humanos, sobre el contenido normativo de la justicia transicional. Este contenido se define, hoy, en términos de derechos, y, en concreto, de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición. Y, en segundo lugar, podemos señalar que, aun cuando este núcleo normativo se define en términos de derechos, ello no significa que la justicia transicional colapsa en el derecho internacional de los derechos humanos. Como concepción de la justicia, la justicia transicional mantiene, por así decirlo, su autonomía, que se expresa, entre otras, en la forma en que en cada realidad concreta implementa sus mecanismos y en la forma en que lidia con las tensiones que le son propias: entre su núcleo normativo duro y las decisiones y negociaciones políticas que caracterizan las transiciones. Es en razón del reconocimiento de esta autonomía de la justicia transicional que los organismos internacionales de derechos humanos se refieren a las relaciones *entre* derechos humanos y justicia transicional, y promueven un enfoque de esta justicia *desde* los derechos humanos.⁴¹ Ahora, que esto sea así ha permitido, como señalaba antes, no solo el fortalecimiento de la justicia

⁴⁰ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston, 2 de mayo de 2008, A/HRC/8/3, párr. 23. Es importante resaltar que la posición del Relator Especial en este informe es muy crítica con respecto al funcionamiento y los resultados de las comisiones de investigación en los países en donde se han implementado. En atención a ello, entre sus recomendaciones, el Relator Especial propone lo siguiente: "... la creación de una comisión o el anuncio de tal creación no deberá librar a un gobierno de la presión para que luche contra la impunidad y no deberá silenciar a las instancias internacionales. Al contrario, la comunidad internacional deberá vigilar activamente a las comisiones, presionar para que acaten las normas internacionales, brindarles asistencia cuando proceda e insistir en que la creación de una comisión no exime de la necesidad de mantener unas instituciones de justicia penal sólidas. Los gobiernos y las instancias internacionales no deberían perder de vista nunca la esencia de lo que una comisión de investigación tiene que hacer: exigir responsabilidades por los atentados graves que se cometan contra los derechos humanos e instar a que se realice una reforma de base que evite la repetición de esos abusos." (párr. 58).

⁴¹ La relación entre los derechos humanos y la justicia transicional es una relación compleja, a veces difícil de explicar conceptualmente, porque los derechos humanos están en el núcleo de esta forma de justicia pero, a la vez, operan como una matriz crítica de la propia justicia transicional. Creo que, en ese sentido, no sería correcto tratar la relación en términos de punto de vista interno y punto de vista externo. Creo que una forma de entender conceptualmente esa relación es asumiendo explícitamente los dos componentes de las justicias transicionales: el político y el normativo. Debido al enorme desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional después de la Segunda Guerra Mundial, el componente normativo de las transiciones políticas ha quedado determinado por los derechos humanos. De este modo, las limitaciones normativas de la justicia transicional vienen de su propio seno, y la tensión entre la decisión política y el deber ser normativo se viven en el interior de la misma justicia transicional. Agradezco a Andrés Molina el obligarme a hacer esta reflexión y a tratar de precisar mucho más esta cuestión en los capítulos, aun cuando no sé si él estaría de acuerdo con la aproximación que sugiero.

transicional, sino también el enriquecimiento de los principios y estándares de derechos humanos, a partir de las experiencias vividas en los distintos procesos de justicia transicional y de las lecciones aprendidas en los mismos.⁴²

2. Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y en las decisiones de organismos internacionales de protección de estos derechos

Como lo precisé antes, los tratados que son pilares del orden internacional de los derechos humanos —tanto a nivel universal como regional—⁴³ así como tratados específicos —en el orden universal o en los distintos órdenes regionales—⁴⁴ establecen que cuando se produce una violación de derechos humanos (protegidos en cualquiera de estos instrumentos) las víctimas tienen derecho a un recurso judicial efectivo que les garantice su derecho a la justicia, a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición. El alcance y el sentido de estos derechos han sido, a su vez, tutelados y desarrollados por distintos órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados ha contribuido también sustancialmente a precisar el sentido de los mismos.⁴⁵ Considerando que, en relación con la garantía de dichos derechos, las Naciones Unidas han aprobado varios conjuntos de principios que organizan y sistematizan las disposiciones de los distintos tratados, así como varios de los estándares establecidos por los órganos de protección y por los tribunales penales internacionales, en este apartado haré, en primer lugar, una breve referencia a estos principios, aprovechando adicionalmente que los mismos incorporan explícitamente las experiencias y enseñanzas de muchos de los procesos de justicia transicional.⁴⁶

⁴² Sobre un breve pero enriquecedor análisis de estas “lecciones aprendidas” puede verse Juan Méndez (2007).

⁴³ Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Europea sobre Derechos y Libertades Fundamentales; y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, antes citadas.

⁴⁴ Entre ellos, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; la Convención sobre los derechos del niño; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas; y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

⁴⁵ En concreto, la del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y el Tribunal Especial para Sierra Leona.

⁴⁶ Al respecto, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005. La especial sensibilidad de estos Principios a las experiencias y enseñanzas de procesos transicionales particulares, los acerca mucho más a las realidades concretas y a las dificultades que los gobiernos y las sociedades enfrentan cuando buscan lidiar con un pasado de

Parto de considerar, al respecto, que estos dos conjuntos de principios sistematizan obligaciones internacionales ya existentes y no crean nuevas obligaciones.⁴⁷ Posteriormente, para concluir, haré una referencia —también breve— a algunas decisiones de dos órganos internacionales de protección de los derechos humanos —el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana— en las que se establece la obligación que tienen los Estados de garantizar, en todo momento, incluidos los periodos de transición política, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición.

Los Principios contra la Impunidad hacen referencia de manera expresa a los procesos “para el restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellos”, entendiendo que esta expresión alude:

a las situaciones al término de las cuales, en el marco de un proceso que da lugar a un diálogo nacional en favor de la democracia o a negociaciones de paz para poner fin a un conflicto armado, se llega a un acuerdo, sea cual fuere su forma, en virtud del cual los protagonistas o las partes interesadas se entienden para tomar, en ese momento, medidas contra la impunidad y la repetición de las violaciones de los derechos humanos.⁴⁸

Se puede entender, entonces, que las disposiciones contenidas en estos Principios son aplicables y exigibles en todo proceso transicional (de dictadura o régimen represivo a democracia, y de la guerra a la paz). Estas disposiciones hacen referencia a los delitos graves conforme al derecho internacional, esto es: i) a las graves violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional;⁴⁹ ii) al genocidio; iii) a los crímenes de lesa humanidad;⁵⁰ iv) y a otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional, y/o con respecto a los cuales los Estados están obligados a imponer penas, tales

violencia y de crímenes atroces. Sobre estas dificultades, puede verse Carlos S. Nino (1991); Ernesto Garzón Valdés (1993).

⁴⁷ Se trata de obligaciones establecidas en tratados internacionales o nacidas del *ius cogens*, o desarrolladas por los órganos internacionales autorizados para la interpretación de los respectivos tratados. En este sentido, considero que no es pertinente —como sí lo sería con otra clase de instrumentos internacionales que establecen principios, reglas o directrices— hacer alusión, en relación con estos dos conjuntos de principios, a la discusión sobre el orden de las fuentes en el derecho internacional y a su nivel de obligatoriedad para los Estados. Debo a Ethel Castellanos y a Camilo Castillo la sugerencia de hacer esta aclaración.

⁴⁸ Capítulo de Definiciones, literal C.

⁴⁹ Ver, al respecto, Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; y Estatuto de Roma, artículo 8.

⁵⁰ Al respecto, Estatuto de Roma, artículo 7.

como la tortura,⁵¹ las desapariciones forzadas,⁵² la ejecución extrajudicial⁵³ y la esclavitud. Las disposiciones contenidas en los Principios contra la Impunidad buscan orientar —en relación con estos delitos— a los Estados, y a las propias sociedades, sobre los estándares internacionales que deben ser cumplidos, relativos al respeto y garantía de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición. En este sentido, podríamos considerar que, dado el carácter que tienen estos Principios, la identificación de los estándares internacionales que se hace en ellos, con respecto a cada uno de los derechos, es una definición compartida, hasta ahora, por la comunidad de Estados y, en general, por la comunidad internacional, sobre los contenidos esenciales de los mismos. Teniendo en cuenta que en los próximos capítulos me detendré en el análisis de estos derechos, aquí me limitaré a enunciar estas definiciones.

En su versión actualizada,⁵⁴ los Principios contra la Impunidad definen el *derecho a la verdad* como un derecho inalienable e imprescriptible, del que son titulares las víctimas y sus familiares, y también los pueblos con respecto a “los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes.”⁵⁵ El *derecho a la justicia* hace referencia, a su vez, a las investigaciones “rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, y a “las medidas apropiadas con respecto a sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.”⁵⁶ El *derecho a la reparación* abarca todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas

⁵¹ Al respecto, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículos 4 a 7; Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, artículos 1, 4, 5, 6, 11, 13, 14.

⁵² Al respecto, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículos 5, 13, 16, 18; Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículos 3, 4, 7, 22; Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, artículos I, IV, V, VI, VII; Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observaciones generales sobre el artículo 4, el artículo 17 y el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o involuntarias —El Salvador, misión a El Salvador, San Salvador, 7 de febrero de 2007; Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias— Honduras, misión a Honduras, Tegucigalpa 2 de febrero de 2007.

⁵³ Al respecto, Comité de Derechos Humanos, *Caso Lyashkevich v. Belarus*, Comunicación No. 887/1999, UN. Doc. CCPR/C/77/D/950/2000.

⁵⁴ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero 2005.

⁵⁵ Principio 2. Ver, también, Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 3074 (XXVIII), Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, 3 de diciembre 1973.

⁵⁶ Principio 19.

y comprende aquellas medidas que buscan suspender los efectos de las violaciones y restablecer a las víctimas en sus derechos.⁵⁷ Y las *garantías de no repetición* aluden a las medidas adecuadas que deben ser adoptadas por los Estados para garantizar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de sus derechos, incluidas en ellas reformas institucionales por vía legislativa y/ o administrativa.⁵⁸

Asimismo, el otro conjunto de principios, esto es, los Principios y Directrices, establecen que debe garantizarse a las víctimas de manifiestas violaciones de los derechos humanos y/o de graves violaciones del derecho internacional humanitario el acceso a un recurso judicial adecuado, efectivo y rápido que les garantice acceso a la justicia y a procedimientos justos.⁵⁹ Y, en relación con el derecho a la reparación, establecen que las víctimas de manifiestas violaciones de derechos humanos y/o graves violaciones del derecho internacional humanitario tienen derecho a una reparación plena y efectiva, apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso.⁶⁰

Los estándares sistematizados en estos dos conjuntos de principios han sido reafirmados y/o desarrollados por distintos órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, en el sistema universal de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que —conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos, los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación. Al respecto —y como veremos en el capítulo siguiente con más detalle— el Comité ha dicho que en los casos de violaciones graves de derechos humanos, reconocidas como delitos por el derecho interno o el derecho internacional, los Estados deben velar porque sus autores sean sometidos a la justicia, sin que puedan justificar el incumplimiento de esta obligación alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro del Estado.⁶¹ Los Estados tampoco pueden privar a las víctimas de un recurso judicial que les garantice su derecho a la verdad y a la reparación, aduciendo consideraciones similares.⁶² Podría entenderse, en

⁵⁷ Cfr. principio 34.

⁵⁸ Cfr. principios 35 y 36.

⁵⁹ Cfr. principios 12 y 14.

⁶⁰ Cfr. principio 18.

⁶¹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 18.

⁶² Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 14. Este recurso judicial debe, a su vez, cumplir con otros estándares, entre ellos el de independencia, autonomía e imparcialidad de los tribunales, y el de adecuación y eficacia del recurso. Al respecto, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, *Administración de Justicia*; y Observación Ge-

este sentido, que en un proceso de transición política —con independencia de cuáles sean las condiciones y características de dicha transición— los Estados Partes del Pacto están obligados a garantizar, adecuada y eficazmente, a las víctimas de violaciones de derechos humanos⁶³ sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esta posición ha sido asumida y reiterada por otros órganos convencionales de las Naciones Unidas, entre ellos, el Comité contra la Tortura⁶⁴ y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.⁶⁵

En el sistema interamericano de derechos humanos, tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶ han sido reiterativas, también, en señalar que los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados al pleno cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención y, en esa medida, están obligados, frente a violaciones de los derechos humanos protegidos en la misma, a garantizar recursos judiciales adecuados y efectivos para tutelar los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición.⁶⁷ Al respecto, la Corte Interamericana ha considerado que las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares tienen el derecho de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos.⁶⁸ Asimismo, la Corte IDH ha considerado que el conocimiento de la verdad, además de beneficiar a las víctimas y a sus familiares, beneficia a las sociedades como un todo, ya que al conocer la verdad sobre los crímenes, estas tienen la capacidad de prevenirlos en el futuro.⁶⁹ La Corte Interamericana ha sido igualmente insistente en señalar que “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, (...) es una obligación que corresponde al Estado

neral No. 32, artículo 14, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*.

⁶³ Que pueden constituir, a la vez, crímenes internacionales y/o delitos conforme al derecho interno de los Estados.

⁶⁴ Al respecto, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*.

⁶⁵ Al respecto, Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 18, *Establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad*.

⁶⁶ En adelante, “la Comisión Interamericana” o “la CIDH”.

⁶⁷ Conviene recordar que, en relación con los Estados americanos que no son partes de la CADH, la obligación de garantizar recursos judiciales adecuados y efectivos se encuentra establecida en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y que la competencia para pronunciarse sobre el incumplimiento de la misma es, de acuerdo con la Carta de la OEA, de la CIDH.

⁶⁸ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 22 de noviembre de 2009, párr. 180; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 258; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 273; y *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 100.

⁶⁹ Cfr., entre otros, Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 196; y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 259.

siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.⁷⁰ Como ella también lo ha recordado, si los hechos violatorios de los derechos humanos no son investigados con seriedad, “resultarían, en cierto modo, favorecidos por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado.”⁷¹ Esta ha sido la doctrina reiterada también por la CIDH, tanto en sus informes sobre países o temáticos sobre derechos como en sus informes sobre casos individuales.⁷² Finalmente, la Corte IDH ha señalado, en relación con la reparación, que el Estado:

tiene el deber ineludible de reparar de forma directa y principal aquellas violaciones de derechos humanos de las cuales es responsable, según los estándares de atribución de responsabilidad internacional y de reparación establecidos en la jurisprudencia de esta Corte. Además, el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos.⁷³

Estas obligaciones, de investigar y sancionar, de establecer la verdad de lo ocurrido y de reparar a las víctimas, deben ser cumplidas plenamente por los Estados incluso en los periodos de transición política y en los momentos más difíciles de esos periodos.⁷⁴

⁷⁰ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 258; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 273; y *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 100. Igualmente, caso *Radilla Pacheco*, sentencia de 22 de noviembre de 2009, párr. 192.

⁷¹ Cfr., entre otros, Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 91; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 145.

⁷² Al respecto, entre otros, CIDH, Informe No.80/07, Caso 11.658, Fondo, Martín Pelicó Coxic, Guatemala, 15 de octubre de 2007, párrs. 141 - 154.

⁷³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 198.

⁷⁴ La primera vez que la Corte Interamericana sentó esta jurisprudencia fue en su sentencia en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. La Corte dijo lo siguiente: “En sus esfuerzos por explicar la preocupante falta de resultados, el Estado ha señalado que el clima político en Suriname después del ataque de 1986 impidió “una investigación independiente e imparcial”, dado que “la posición de poder que ostentan antiguos líderes militares aún no había finalizado y que (...) la democracia aun no era estable”. En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que ha atravesado Suriname en su lucha por la democracia. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, generalmente no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones legales establecidas en ese tratado, que subsisten por lo que respecta a ejecuciones extrajudiciales. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, e impide que la sociedad conozca lo ocurrido”. (*Caso de la Comunidad Moiwana*, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 153). Esta jurisprudencia ha sido reiterada con posterioridad, entre otras, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*,

Podríamos concluir, entonces, señalando, en primer lugar, que los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición se encuentran reconocidos y protegidos, hoy, en instrumentos internacionales de derechos humanos, y que ese reconocimiento y protección ha sido reafirmado por las decisiones de los principales órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Y, en segundo lugar, que el reconocimiento y protección de estos derechos debe ser garantizado por los Estados, de acuerdo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en los procesos y periodos de transición política. Se trata, por tanto, de una obligación que los Estados no pueden dejar de cumplir alegando las difíciles y tensas condiciones que normalmente caracterizan a las transiciones. Una de las formas de cumplir con esa obligación está —como hoy lo reconocen los propios organismos internacionales— en los mecanismos y dinámicas de la justicia transicional. De este modo se podría decir que los elementos de la justicia transicional —considerados como su núcleo normativo duro— y el derecho internacional de los derechos humanos confluyen (o pueden confluir) en las transiciones para promover y facilitar el compromiso de los Estados y de las sociedades con un contenido esencial de justicia, así como para propiciar el respeto del mismo.

sentencia de 15 septiembre de 2005. En este caso la Corte dijo: “la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente” (párr. 238).



CAPÍTULO 2



LOS DERECHOS A LA VERDAD Y A LA JUSTICIA

He señalado, hasta ahora, cuál es el marco normativo general de reconocimiento, a nivel internacional, de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición, y de señalamiento de las obligaciones que tienen los Estados de garantizar esos derechos, incluidos los periodos de transición política a la democracia o a la paz. En este capítulo analizaré, con más detalle, tanto el contenido de dos de estos derechos —el derecho a la verdad y el derecho a la justicia— como el contenido de las obligaciones internacionales que, en materia de derechos humanos, tienen los Estados. Considero que la existencia y cumplimiento de estas obligaciones traza límites básicos a los Estados y a las sociedades, que deben ser tenidos en cuenta en las negociaciones políticas que promueven la transición, así como en las decisiones políticas que se toman para concretarla. Iniciaré con este segundo aspecto, por considerar que las obligaciones internacionales de los Estados configuran el marco básico de los deberes que estos tienen con respecto a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición (1). Posteriormente, me referiré al contenido de los derechos a la verdad y a la justicia (2), y terminaré, a modo de conclusión, con unas cortas reflexiones sobre los derechos a la verdad y a la justicia en un escenario de justicia transicional (3).

1. Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos

De acuerdo con los instrumentos internacionales de los derechos humanos —tanto del sistema universal como de los sistemas regionales— los Estados

tienen una serie de obligaciones internacionales, generales y específicas, en relación con los derechos humanos, que deben cumplir de buena fe.⁷⁵ Las obligaciones generales hacen referencia a las obligaciones que tienen los Estados de respetar y garantizar o asegurar⁷⁶ los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción. Las obligaciones de proteger los derechos y de prevenir sus violaciones se consideran obligaciones incluidas en la obligación general de garantizar. Las obligaciones específicas hacen referencia, a su vez, a deberes determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.⁷⁷ De acuerdo con el derecho internacional y, específicamente, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, el incumplimiento de alguna o del conjunto de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del respectivo Estado, en relación con el derecho o derechos que resulten violados a causa de dicho incumplimiento.⁷⁸

Así, en el sistema universal de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado, con respecto a las obligaciones generales de respetar y asegurar los derechos, que estas obligaciones son vinculantes para todos los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en conjunto. Esto es, todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de generar la responsabilidad del Estado Parte, por la violación de cualquiera de los derechos protegidos en el Pacto.⁷⁹ Esto quiere decir que el poder ejecutivo —que suele representar

⁷⁵ Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26. La disposición contenida en esta norma ha sido explícitamente incorporada en las decisiones y jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Conviene tener presente que las normas que regulan las obligaciones y responsabilidades de los Estados son las normas del derecho internacional y no las normas de los derechos internos. Esto es así con respecto a las obligaciones y responsabilidades de los Estados en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Igualmente, conviene tener presente que la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales es una responsabilidad objetiva. Es suficiente, como ha dicho la Corte Interamericana, que el Estado haya incumplido una obligación a su cargo.

⁷⁶ En la CADH el verbo usado es “garantizar”. En el marco del PIDCP el verbo usado es “asegurar”.

⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2006, párr. 67.

⁷⁸ Al respecto, los artículos 1 y 2 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en el 2001, establecen lo siguiente: “Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”; “Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”

⁷⁹ El artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (citado en la nota anterior), establece, al respecto, lo siguiente: “Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento

a los Estados internacionalmente— no puede excusar o pretender disminuir la responsabilidad del Estado —por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Pacto— alegando que el acto violatorio de los derechos fue realizado por otra rama del Estado.⁸⁰

Pero la responsabilidad internacional por la violación de los derechos protegidos en el Pacto no solo surge por las actuaciones de cualquier órgano del Estado Parte. Los Estados Partes del PIDCP pueden incurrir, también, en incumplimiento de sus obligaciones cuando no previenen y/o evitan los actos de particulares que afectan los derechos protegidos en el Pacto, y/o, una vez producido el hecho, no garantizan el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación de las personas afectadas. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas.⁸¹

de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.” En el Caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 385, la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre este artículo señalando que el mismo: “guarda relación con una norma bien asentada, que constituye una de las piedras angulares del derecho en materia de responsabilidad del Estado, según la cual el comportamiento de cualquier órgano del Estado ha de considerarse un hecho de ese Estado con arreglo al derecho internacional, y, por lo tanto, da lugar a su responsabilidad, si constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado. Esta norma, que es una norma de derecho internacional consuetudinario, viene recogida en el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado aprobados por la Comisión de Derecho Internacional.”

⁸⁰ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 4.

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 8. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. Así, en la Comunicación No. 6/2005, 6 de agosto de 2007, párr. 12.1.1, dijo: “el Comité recuerda su recomendación general 19 sobre la violencia contra la mujer. En esa recomendación general se aborda el tema de si se puede considerar responsables a los Estados Partes de la conducta de agentes no estatales afirmando que ‘... de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre ...’ y que ‘en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan

En el sistema interamericano de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado, a su vez, con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los Estados Partes están obligados a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en la Convención.⁸² En relación con la obligación de respetar, la Corte IDH ha dicho que “[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” y, por tanto, existe una restricción impuesta al ejercicio de dicho poder.⁸³ Se trata, así, de una obligación de abstención. En consecuencia, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno los derechos protegidos por la Convención, se está ante un supuesto de inobservancia de la obligación de respetar.⁸⁴ Y, en relación con la obligación de garantizar, la Corte IDH ha considerado que los Estados Partes de la Convención están obligados a organizar todas sus estructuras con el fin de prevenir y evitar las violaciones de derechos, de investigarlas cuando se producen, de enjuiciar y sancionar a sus autores, y de reparar a las víctimas. Al respecto, la Corte Interamericana ha dicho lo siguiente:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁸⁵

La Corte Interamericana ha señalado, además, en relación con esta obligación, algo que considero de especial relevancia e importancia:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, *sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos* (cursivas añadidas).⁸⁶

medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización’.

⁸² Para un estudio detallado sobre las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en el sistema interamericano puede verse Cecilia Medina Quiroga (2005).

⁸³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165.

⁸⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 169.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

Es decir, la obligación de garantizar los derechos no se cumple plenamente con la sola adopción de disposiciones normativas que organicen y/o regulen la estructura del Estado, en función del libre y pleno ejercicio de los derechos amparados en la Convención Americana, sino que requiere, igualmente, la existencia de una conducta y una práctica institucional orientadas a hacer realidad ese ejercicio. Tener claridad sobre este aspecto es esencial en el momento de evaluar el cumplimiento, o no, de las obligaciones internacionales de un Estado. Por ejemplo, en los *Casos de las Masacres de Ituango* y de la *Masacre de Pueblo Bello* contra Colombia, la Corte IDH declaró que el Estado colombiano, al haber propiciado la creación de los grupos de autodefensa había creado objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes, que después no controló ni desarticuló. Según la Corte Interamericana, el Estado, a pesar de haber tomado medidas normativas tendientes a declarar la ilegalidad de los grupos paramilitares y de perseguirlos, no había adoptado todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que estos grupos cometieran hechos como los conocidos por ella en estos dos casos.⁸⁷ En un caso posterior —el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*— la Corte Interamericana reiteró, en relación con el surgimiento de los grupos paramilitares, que si bien el Estado colombiano había tomado *medidas legislativas* para su prohibición y el castigo de sus actividades, estas habían sido insuficientes para lograr su efectiva erradicación. Así, dijo, al respecto, que reconocía, “como lo ha hecho en otras ocasiones, que si bien el Estado ha adoptado determinadas medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear.”⁸⁸ En la sentencia en el *Caso de las Masacres de Ituango*, la Corte IDH ya había señalado:

[l]a declaratoria de ilegalidad de éstos [los grupos de autodefensa o paramilitares] debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil.⁸⁹

Asimismo, y al igual que el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha señalado también que un Estado Parte de la Convención puede

⁸⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 126, y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 134.

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 80.

⁸⁹ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 134.

ser responsable internacionalmente por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la misma en los casos de actos de particulares, “no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”,⁹⁰ esto es, cuando el Estado no previene la violación con el fin de evitarla y/o cuando, una vez cometida, no investiga y no sanciona al autor del hecho, y no repara a las víctimas del mismo. En este sentido, la Corte IDH ha dicho, en relación con la obligación de proteger los derechos, que la responsabilidad internacional:

puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁹¹

E, igualmente, en relación con la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado:

[e]l Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.⁹²

Ahora bien, la Corte IDH ha aclarado, en relación con la responsabilidad internacional de un Estado, surgida de la acción de particulares, que un Estado no puede ser responsable, automáticamente, por cualquier violación de derechos

⁹⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172. En la misma sentencia, la Corte Interamericana hace referencia no al estándar de debida diligencia, sino a “que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente” (párr. 173). Para una discusión sobre estos estándares en las sentencias de la Corte IDH puede verse Cecilia Medina Quiroga (2005).

⁹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 111 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 113.

⁹² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176.

humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Como ella lo ha explicado:

el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁹³

Se requiere, por tanto, en estos casos, que se den por lo menos dos condiciones: i) que el Estado tenga conocimiento (o haya debido tenerlo) del riesgo de afectación del derecho, y ii) que hubiera sido posible para el Estado tomar las medidas para evitarlo. Así, por ejemplo, en el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, la Corte IDH, declaró, entre otras violaciones de derechos, la violación del derecho de circulación y residencia de varias de las víctimas, porque, frente a las amenazas recibidas por ellas, el Estado no había tomado las medidas necesarias para evitar que tuvieran que abandonar el país. En el caso concreto, el Estado estaba al tanto de las amenazas sufridas por las víctimas, así como de su condición de vulnerabilidad, y, sin embargo, no tomó las medidas necesarias para contrarrestarlas y para evitar la violación del derecho. En sus consideraciones para declarar la violación, la Corte dijo al respecto, refiriéndose a la responsabilidad del Estado por actos de particulares, que “el derecho de circulación y de residencia puede resultar afectado cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales”.⁹⁴

Finalmente, los Estados están igualmente obligados —para dar pleno cumplimiento a las obligaciones generales de respetar y garantizar— a adaptar sus normas e instituciones internas a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que han firmado y ratificado. Como lo ha señalado la Corte IDH, “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar

⁹³ Cfr. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 78; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 123.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 139.

la ejecución de las obligaciones asumidas.”⁹⁵ En este sentido, los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno (disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno) para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos.⁹⁶

El cumplimiento de las obligaciones de los Estados puede ser exigido, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, por los/las titulares de los derechos reconocidos y protegidos en los respectivos instrumentos internacionales, por los defensores y defensoras de los derechos humanos,⁹⁷ y por los Estados Partes en los respectivos tratados en virtud del principio de garantía colectiva de los derechos humanos. Con respecto a este derecho o facultad de los Estados, de poner en movimiento los mecanismos de supervisión de los tratados de derechos humanos, la comunidad internacional ha considerado que el mismo está fundado en la existencia de un orden público universal y/o regional y en el carácter de obligaciones *erga omnes* que tienen las obligaciones impuestas por las normas relativas a los derechos humanos.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 101; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87; y *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones y costas, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 68. Sobre el carácter de obligación adicional a las obligaciones de respetar y garantizar que tiene la obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana puede verse Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7.

⁹⁶ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 4; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167 y 168; y también, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia 22 de noviembre de 2005, párrs. 247 y 339.

⁹⁷ En el sentido amplio de defensores y defensoras de derechos humanos adoptado por la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999.

⁹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 2; Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ), *Caso Barcelona Traction*, Bélgica vs. España, Reports 1970, p. 32, párrs. 33-34. De acuerdo con la CPIJ, las obligaciones *erga omnes* son obligaciones que: a) se contraen ante toda la comunidad internacional, y b) protegen derechos esenciales para toda la comunidad internacional. La CPIJ consideró en la sentencia del *Caso Barcelona Traction* que entre esos derechos esenciales están los derechos que protegen frente a actos de agresión y genocidio, así como los principios y reglas correspondientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Para un análisis del principio de garantía colectiva en varios tratados internacionales de derechos humanos puede verse Cecilia Medina Quiroga (2005).

2. El derecho a la verdad y el derecho a la justicia

La experiencia de impunidad —frente a las violaciones de los derechos humanos— que han vivido muchas sociedades, entre ellas las de los países de las Américas, ha obligado —en la última década del siglo pasado y en lo que llevamos del presente— a centrar la atención y los esfuerzos, nacionales e internacionales, en buscar la satisfacción del derecho a la justicia. En este sentido, la garantía del derecho a la verdad se busca, fundamentalmente, a través de la garantía y el respeto del derecho a la justicia, o, en una dirección distinta, se invoca expresamente el derecho a la verdad en aras de garantizar el derecho a la justicia.⁹⁹ Creo que esta vía es correcta, y es, a su vez, necesaria. Sin embargo, creo que, en realidades sociales afectadas por graves violaciones de los derechos humanos y por crímenes atroces, la protección, respeto y garantía del derecho a la verdad requiere, al igual que el derecho a la justicia, de esfuerzos particulares. Esta es, desde mi perspectiva, una de las valiosas lecciones aprendidas de los procesos de justicia transicional. En este apartado dedicaré, por tanto, igual atención al análisis de los dos derechos. En relación con el derecho a la verdad haré referencia al sentido del derecho (i); a su alcance y contenido (ii); y a los mecanismos a través de los cuales puede ser garantizado (iii). Y en relación con el derecho a la justicia, haré referencia a su alcance y contenido.

2.1. El sentido del derecho a la verdad

En la primera versión de los Principios contra la Impunidad, de 1997, Louis Joinet señalaba lo siguiente en relación con el derecho a saber:

No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo.¹⁰⁰

⁹⁹ Se trata de una tendencia distinta a la que se impuso, sobre todo, en la década de los años 80 del siglo pasado, cuando la garantía de la búsqueda de la verdad, a través de mecanismos no judiciales, desplazó —o pretendió hacerlo— la protección, respeto y garantía del derecho a la justicia.

¹⁰⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, Introducción, párr. 17, Derecho a saber.

Según estas consideraciones de Joinet, entendemos el derecho a la verdad como *el derecho a saber lo que ocurrió*, sin limitar ese saber o conocer al episodio particular sufrido por una determinada víctima, sino extendiéndolo a sus raíces en la historia, al contexto en el que ocurre y en el que se hace posible. El Conjunto de Principios contra la Impunidad actualizado reconoce que el derecho a la verdad es un derecho inalienable e imprescriptible y mantiene, en lo fundamental, lo que había sido señalado por los Principios en la versión de 1997, desarrollando algunos aspectos, de los cuales quiero resaltar dos, que contribuyen a preciar y a entender el sentido del derecho: a) el deber de recordar que incumbe al Estado y que implica, entre otros, un deber de preservar los archivos y otras pruebas relativas a las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y un deber de garantizar a la sociedad en su conjunto el conocimiento de tales violaciones; y b) el sentido de las medidas que el Estado está obligado a adoptar para cumplir con esos deberes, que es el de estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, a evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

Conviene recordar, en relación con estos dos aspectos, que la aprobación en 1997 de los Principios contra la Impunidad estuvo precedida, en Europa, del duro debate sobre la existencia de los campos de exterminio y sobre la realidad del holocausto. El llamado “debate de los historiadores” o también “polémica del revisionismo” (en los años 80), entre quienes negaron, desde una pretensión de revisión de la historia (como el historiador alemán Ernst Nolte) el holocausto del pueblo judío, y llegaron a negar la existencia de los campos de exterminio durante el nazismo (basándose, entre otros hechos, en que en Auschwitz no fueron encontradas las cámaras de gas ni los crematorios),¹⁰¹ y quienes asumieron la defensa de la existencia de esa realidad (como el filósofo alemán Jürgen Habermas), hizo explícito que la verdad de las víctimas es una verdad extremadamente vulnerable: no solo se enfrenta a los silencios —producto del miedo por lo vivido y del miedo a no ser creído— o a la fragilidad de la memoria humana, o a la muerte de los víctimas sobrevivientes —testigos morales de los hechos— sino que puede ser negada, no solo por los perpetradores sino también por quienes tienen la posibilidad y el poder de revisar la historia.¹⁰²

¹⁰¹ Al respecto, Reporte Leuchter. Puede verse en: <http://www.youtube.com/watch?v=sIy-y7R4IPU> Ernst Nolte comparó los “campos de reeducación”, creados durante Stalin, con los campos de exterminio creados durante el nazismo. Los crematorios y las cámaras de gas fueron destruidas por orden de los nazis en el otoño de 1944. Ver, al respecto, Primo Levi (2001, prefacio).

¹⁰² En 1994 se expidió en Alemania una norma que prevé una sanción de cinco años a quien niegue el Holocausto. Esta prohibición existe en otros países de Europa, entre ellos, Bélgica, Austria y Francia.

Por tanto, si el sentido del derecho a la verdad es el de saber lo que ocurrió, tal y como fuera cuidadosamente analizado por Joinet, la disputa de memorias, relatos y verdades, en sociedades que han vivido graves violaciones de los derechos humanos, obliga a tener un especial cuidado con la protección de las pruebas que sustentan la verdad de las víctimas. Se trata de una verdad que, siguiendo a Ignatieff, podemos entender en dos dimensiones: *factual*, o el relato de lo que ocurrió, y *moral*, la narración que busca explicar el por qué de lo ocurrido, y, en esa medida, configura un juicio crítico sobre los hechos.¹⁰³ Cuál sea la verdad histórica y la memoria colectiva que una sociedad logre construir, después de enfrentar su pasado de violaciones, depende, en un modo esencial, de la forma en que la verdad de las víctimas, como verdad factual y como verdad moral, logre ser protegida y respetada.¹⁰⁴ Este, creo, debe ser el sentido que atribuimos a la prescripción contenida en el deber de recordar: preservar las sociedades de las tergiversaciones de su historia.¹⁰⁵

Desde esta perspectiva podemos entender que los Principios contra la Impunidad, en su versión de 1997, y el Conjunto de Principios actualizado de 2005, buscan proteger la verdad *de* las víctimas, la verdad *de* las violaciones y los sufrimientos por ellas padecidos, y la verdad *sobre* lo que permitió que esas violaciones se cometieran, imponiendo expresamente a los Estados, entre otros deberes, el deber de recordar.

La protección y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituyen, además, un medio de reparación. En este sentido, el derecho a la verdad da lugar —como ha señalado la Corte Interamericana— a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer.¹⁰⁶ Los tribunales

¹⁰³ Cfr. Michael Ignatieff (1999).

¹⁰⁴ Entiendo por *verdad de las víctimas*, no solo sus relatos y narraciones, sino el *hecho* que las convirtió en víctimas. Si bien, como se verá un poco más adelante, conocer lo que pasó —o saber la verdad— interesa tanto a las víctimas y/o a sus familiares como a las sociedades, el hecho, como tal, lo padece o padecen la víctima o las víctimas. Las violaciones de derechos humanos —con toda la complejidad que puedan llegar a tener los aparatos y estrategias destinados a su comisión— se materializan, siempre, en víctimas concretas.

¹⁰⁵ Creo que hacer esta precisión es fundamental. Preservar a las sociedades del olvido de su pasado de crímenes atroces y de los esfuerzos por revisar o negar esos hechos no podría, implicar, en ningún caso, la negación del derecho de las generaciones futuras —incluidas en ellas las víctimas sobrevivientes— a volver sobre su historia y a proponer narraciones distintas de la misma. Lo que el derecho a la verdad busca proteger del olvido, la revisión y la negación es la realidad de los crímenes cometidos, la realidad de los sufrimientos padecidos por las víctimas, la realidad de las decisiones que ordenaron esos crímenes y la realidad de los mecanismos y estructuras que los permitieron. Agradezco, de nuevo, a Camilo Castillo por hacerme consciente de la necesidad de hacer esta precisión.

¹⁰⁶ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 171; *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 222; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 440; *Caso Blanco Romero y*

penales internacionales han considerado, asimismo, que el conocimiento de la verdad es un paso fundamental en el camino hacia la reconciliación.¹⁰⁷

2.2. Alcance y contenido del derecho a la verdad

En el capítulo anterior señalé, brevemente, el alcance y contenido del derecho a la verdad tal y como ha sido reconocido por los Principios contra la Impunidad. Me detendré, ahora, con más detalle en estos aspectos del derecho.

En cuanto a su alcance, el derecho a la verdad tiene dos dimensiones que reclaman igual protección por parte de los Estados. La dimensión individual, que hace referencia al derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario y/o sus familiares a conocer la verdad con respecto a esas violaciones. Y la dimensión social, que hace referencia al derecho que tiene la sociedad, como un todo, a conocer la verdad sobre los crímenes atroces o aberrantes cometidos en el pasado. En relación con este derecho, los Estados tienen —como lo recordamos antes— el deber de recordar y de proteger la memoria colectiva de actos propiciadores del olvido, el revisionismo o el negacionismo; al respecto, los Principios contra la Impunidad establecen:

[e]l conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adaptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.¹⁰⁸

Ahora, en cuanto a su contenido, el conocimiento de la verdad de las violaciones de derechos humanos contempla el conocimiento de los hechos y de los autores de los mismos.¹⁰⁹ La Corte IDH ha señalado que ese conocimiento hace

otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párr. 95; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 204; y *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 128.

¹⁰⁷ Ver, al respecto, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Prosecutor v. Todorovic*, Case No. IT-95-9/1-S, Sentencing Judgement, 31 July 2001, párr. 81; *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-Tbis, Sentencing Judgement, 5 March 1998, párr. 21.

¹⁰⁸ Principio 3.

¹⁰⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 147; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1º de marzo de 2005, párr. 62; *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 128; y *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 97. También, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, 20 de abril 2005.

referencia a “todos los hechos violatorios de derechos humanos” referidos a cada caso.¹¹⁰ El conocimiento de los hechos incorpora, entre otros aspectos, el conocimiento de las circunstancias, causas y condiciones en que se produjeron las violaciones, la identificación e individualización de las víctimas, el contexto histórico y político en el que se produjeron las violaciones, el *modus operandi* usado para perpetrarlas, y las prácticas sistemáticas o los patrones existentes que han permitido el hecho.¹¹¹ En casos de desaparición forzada, el conocimiento de los hechos incorpora, también, el conocimiento de la suerte y del paradero de la persona desaparecida.¹¹² El conocimiento de los autores, incorpora, a su vez, el conocimiento de todos los autores materiales, intelectuales y potenciales encubridores,¹¹³ y el conocimiento de las estructuras criminales existentes antes del crimen y/o que permanecen con posterioridad a su comisión, y en las que los distintos autores se encontraban involucrados.¹¹⁴

De acuerdo con su alcance y contenido, el derecho a la verdad es, por tanto, un derecho que, al implicar el derecho a saber lo que pasó, comparte un núcleo común con otros derechos, como el derecho a la justicia (quiénes fueron los autores de las violaciones, cómo actuaron, cuándo actuaron, por qué actuaron) y el derecho a la reparación, en tanto que conocer la verdad es una medida de satisfacción a la que las víctimas tienen derecho. Pero, es, a la vez, un derecho autónomo, en sí mismo complejo, que busca dar cuenta, en forma amplia y detallada, de lo que sucedió: identidad de los autores, estructuras criminales, conexiones políticas y sociales, contextos, prácticas y patrones, hechos, causas y circunstancias relacionadas con los mismos. Por eso es un derecho que está tan íntimamente vinculado con la construcción de la memoria colectiva. Esta autonomía del derecho a la verdad es independiente del hecho de que su

¹¹⁰ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 437.

¹¹¹ Cfr. Principios y Directrices, principio 24; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 80.1, 80.5; y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 202, 238.

¹¹² Cfr. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 24. La Corte IDH ha señalado al respecto “que el derecho de los familiares de conocer el destino o paradero de la víctima desaparecida constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a éstos. Es de suma importancia para los familiares de la víctima desaparecida el esclarecimiento del paradero o destino final de la misma, ya que esto permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre del paradero y destino de su familiar desaparecido.” (*Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de septiembre de 2008, párr. 155).

¹¹³ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 222; Comisión de Derechos Humanos, Resolución No. 2005/66, de 20 de abril de 2005; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala 03/04/96. CCPR/C/79/Add. 63, 3 de abril 1996; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 107/1981: Uruguay. 21/07/83. CCPR/C/19/D/107/1981, 21 de julio 1983.

¹¹⁴ Cfr., en este sentido, Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2006, párr. 156.

violación se produce, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al violarse los derechos a garantías judiciales y a recursos judiciales.

2.3. Mecanismos para garantizar la satisfacción del derecho a la verdad

Los Estados están obligados a respetar y garantizar el derecho a la verdad. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos pueden garantizarlo acudiendo a mecanismos judiciales y no judiciales.¹¹⁵

Los mecanismos no judiciales se conciben como mecanismos que *complementan* la función de investigación que debe cumplir el poder judicial, pero que en ningún momento la sustituyen, lo que significa que, en ningún caso, las autoridades judiciales pueden renunciar a su obligación de investigar lo que sucedió, y, en este sentido, a su deber de garantizar el esclarecimiento de los hechos y el conocimiento de la verdad. Este es un deber que tienen los Estados en virtud de la obligación general que tienen de garantizar o asegurar los derechos de las personas bajo su jurisdicción, y que está establecido, como se señaló en el acápite anterior, en los tratados internacionales de derechos humanos tanto universales —entre ellos, el PIDCP— como regionales —entre ellos, la CADH.

En relación con los mecanismos no judiciales, los Principios contra la Impunidad contemplan y regulan, en extenso,¹¹⁶ las comisiones de investigación, que incluyen las comisiones de la verdad. Es fundamental tener presente que las comisiones de la verdad no reemplazan a la justicia, ni a la civil o administrativa ni a la penal.¹¹⁷ Estas comisiones son definidas como “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”.¹¹⁸ Las comisiones de la verdad —de establecerse— deben gozar de plenas garantías de independencia, imparcialidad y competencia, y, en la mayor medida de lo posible, la decisión de establecerlas y la definición de su mandato y de su composición deben

¹¹⁵ Para un interesante análisis de estos mecanismos y de los mecanismos sociales, puede verse Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon (2006).

¹¹⁶ *Cfr.* principios 6 - 13.

¹¹⁷ *Cfr.* Principios contra la Impunidad, principio 8.

¹¹⁸ Principios contra la Impunidad, capítulo de definiciones. Un análisis de las comisiones de la verdad puede verse en Hayner (2001). Es importante tener presente que no todos los procesos transicionales —de la segunda fase— han incorporado como uno de sus mecanismos una comisión de la verdad. Como recuerda Teitel (2003), las comisiones de la verdad no fueron un mecanismo importante en la transición en los países de la Europa post-comunista.

basarse en amplias consultas públicas en las que sean requeridas la opinión de las víctimas y de los sobrevivientes.¹¹⁹

Las Naciones Unidas han reconocido el importante papel desempeñado por estas comisiones, y han instado a los Estados a crearlas, cuando proceda, a fin de que “complementen el sistema judicial para investigar y castigar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario”.¹²⁰ La Asamblea General de la OEA ha hecho un llamamiento similar a los Estados, expresando lo siguiente:

1. Reconocer la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos.
2. Acoger con satisfacción la creación en varios Estados de mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales o *ad-hoc*, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial para contribuir en la investigación de las violaciones de los derechos humanos y las del derecho internacional humanitario, y valorar la preparación y publicación de los informes y decisiones de esos órganos.
3. Alentar a los Estados interesados a difundir y aplicar las recomendaciones formuladas por mecanismos nacionales extrajudiciales o *ad-hoc* como las comisiones de la verdad y reconciliación, y a vigilar su implementación en el ámbito interno, así como a informar sobre la observancia de las decisiones de los mecanismos judiciales.
4. Alentar a otros Estados a que estudien la posibilidad de crear mecanismos judiciales específicos y, según proceda, comisiones de la verdad u otras de similar naturaleza, que complementen el sistema judicial para contribuir a investigar y castigar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.¹²¹

Igualmente, como lo señalé en el capítulo anterior, la Corte Interamericana ha reconocido la enorme importancia de las comisiones de la verdad en los periodos de transición,¹²² pero ha sido reiterativa en sostener que la verdad establecida

¹¹⁹ Para un conocimiento de los principios y estándares que regulan el funcionamiento de las comisiones de la verdad puede verse: Principios contra la Impunidad, Principios 6 y 7; e igualmente, Naciones Unidas, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, *Instrumentos de Estado de derecho para sociedades en post-conflicto. Comisiones de verdad*, New York y Ginebra, 2006.

¹²⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, Sobre el derecho a la verdad, 20 de abril de 2005.

¹²¹ OEA, Asamblea General, *El derecho a la verdad*, AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.

¹²² En este sentido, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 86-88, 92-95.

en estas comisiones no sustituye la obligación de los Estados de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales.¹²³ Consecuente con esta posición, la Corte IDH ha insistido —en una larga y pacífica jurisprudencia— en que, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima y/o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento conforme a las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la Convención.¹²⁴ En este sentido, en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, señaló lo siguiente:

La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas (...) en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución.

No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes.¹²⁵

Por tanto, el derecho a la verdad implica —según la Corte IDH— que las víctimas y/o los familiares de las víctimas “tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra todos los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes”.¹²⁶ A estas consideraciones se suma lo que la Corte Interamericana ha señalado con respecto a la carga que corresponde al Estado: la búsqueda efectiva de la verdad, en casos de violaciones de derechos humanos, corresponde al Estado, “y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su

¹²³ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 224; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 150.

¹²⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 147.

¹²⁵ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 149 y 150. En el mismo sentido, Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 22 de noviembre de 2009, párrs. 179 y 180.

¹²⁶ Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 224.

aportación de elementos probatorios.”¹²⁷ La Corte IDH ha considerado, además, en sentencias recientes, que la verdad que se establece en estos procesos debe buscar coincidir con la verdad histórica. En consecuencia, en los casos de graves violaciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario, la obligación de los Estados de investigar procesalmente la verdad no se limita a garantizar y tutelar la dimensión individual del derecho a la verdad, sino que se extiende también a la tutela de la dimensión social o colectiva del derecho. Al respecto, la Corte Interamericana ha sido explícita: “la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.”¹²⁸

Hemos de entender, pues, que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la garantía del derecho a la verdad demanda, siempre, la adecuada investigación judicial, y, que, cuando ello sea considerado necesario y conveniente, los Estados pueden complementar la función y los resultados del sistema judicial con mecanismos no judiciales, entre ellos, las comisiones de la verdad; todo ello conforme a los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

2.4. Alcance y contenido del derecho a la justicia

En el ámbito internacional se ha establecido que el derecho de acceso a la justicia constituye, en casos de graves violaciones de derechos humanos, una norma imperativa del derecho internacional, esto es, una norma de *ius cogens*.¹²⁹ Cuando hablamos del derecho a la justicia hacemos referencia a varios aspectos, entre ellos: al acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos; a la realización de adecuadas investigaciones y al desarrollo de las mismas en forma imparcial, seria y diligente y en un tiempo razonable; y a la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los autores de los hechos que motivan la investigación.

¹²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 157; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 145, y *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 62.

¹²⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

¹²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160. Las normas de *ius cogens* además de imperativas son de carácter inderogable, salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto. Constituyen, como señala Rafael Casado Raigón (1999, 11), “el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho Internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”. Las normas de *ius cogens* —como es el caso del derecho de acceso a la justicia— originan, a su vez, obligaciones *erga omnes*.

Al respecto, los distintos tratados internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario establecen que cuando se produce una violación de derechos humanos —protegidos en cualquiera de estos instrumentos— el Estado está en la obligación de investigar y esclarecer el hecho, perseguir a los autores del mismo —sean autores materiales o intelectuales o encubridores— capturarlos, enjuiciarlos y sancionarlos.¹³⁰ Por tanto, si un Estado no actúa de esta forma —garantizando efectivamente el acceso a la justicia y cumpliendo con el deber de investigar diligentemente las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y de perseguir y sancionar a sus autores— incumple una obligación internacional.¹³¹ Un Estado que incumple esta obligación —total o parcialmente— es un Estado que, además, favorece la impunidad, y la impunidad configura, en sí misma, una violación del orden internacional de los derechos humanos.¹³²

En relación con el *acceso a los recursos judiciales*, resaltaré, en este capítulo, solo una cuestión: el vínculo necesario que existe entre el reconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición, de un lado, y el reconocimiento del derecho a acceder a procesos y procedimientos que garanticen, efectivamente, el ejercicio de esos derechos, del otro. El reconocimiento de los primeros derechos implica el necesario reconocimiento del derecho de la víctima a los mecanismos y procedimientos que garanticen, en forma plena, efectiva y en un tiempo razonable, el ejercicio y satisfacción de los mismos. Es decir, no se pueden reconocer los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y la no repetición sin reconocer —como una condición de posibilidad del real ejercicio de dichos derechos— el derecho a recursos y procedimientos adecuados y efectivos. En este sentido, y conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obli-

¹³⁰ Entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los derechos del niño; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (abierta a la firma); Convención internacional para la protección de todas las personas en contra de las desapariciones forzadas (abierta, hasta ahora, a la firma); Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales I y II.

¹³¹ Al respecto, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 18.

¹³² La impunidad ha sido definida por el derecho internacional de los derechos humanos como “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”. (Principios contra la Impunidad, principio 1).

gación constitucional o legal de otorgar un recurso accesible, efectivo y viable conforme al cual las víctimas puedan procurar el reconocimiento y restablecimiento de sus derechos.¹³³ Y como ha sido señalado constantemente por la Corte Interamericana y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “esos procedimientos no deben ser meras formalidades que, lejos de permitir la realización de tales derechos, diluyan en el tiempo toda posibilidad de éxito en su afirmación, reconocimiento o ejercicio”.¹³⁴ El reconocimiento del derecho a recursos y procedimientos adecuados y efectivos implica, a su vez, el reconocimiento del derecho de las víctimas y de su familiares a amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos. Esto implica garantizarles el pleno acceso y la capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones y procesos “de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses.”¹³⁵ Esta participación deberá tener como finalidad, como ha señalado la Corte IDH, “el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación.”¹³⁶ Conviene tener en cuenta, adicionalmente, que el acceso a un recurso judicial efectivo no hace referencia únicamente a la vía penal. Como ha señalado también la Corte Interamericana, la obligación general de garantizar los derechos humanos, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, “puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección”, y, en este sentido, el uso de la vía penal “debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”.¹³⁷

Ahora, en relación con *el deber de investigar*, cuando se trata de manifestaciones violaciones de derechos humanos y de graves violaciones del derecho internacional humanitario, constitutivas de una infracción internacional, los Estados están obligados a emprender, de oficio y sin dilación, investigaciones

¹³³ Al respecto, entre otros, Principios contra la Impunidad, principio 19 y ss.; PIDCP, artículo 14; CADH, artículo 25. Para un análisis detallado de los estándares que articulan el derecho de acceso a la justicia puede verse: CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, 7 de septiembre de 2007; y CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 20 de enero de 2007.

¹³⁴ Cfr. CIDH, Informe No. 1/07, Caso 11.878, Admisibilidad, Azucena Ferry Echaverry y otros, Nicaragua, 27 de febrero de 2007, párr. 35.

¹³⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 233.

¹³⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 233.

¹³⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párrs. 298 y 300.

adecuadas,¹³⁸ minuciosas, independientes, imparciales y eficaces. Igualmente, están obligados a adoptar las medidas apropiadas, con respecto a todos sus autores (materiales, intelectuales y potenciales encubridores), especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.¹³⁹ Esta obligación adquiere particular “intensidad e importancia” cuando las violaciones configuran crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra o genocidio.¹⁴⁰ Por ello mismo, los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y los tribunales penales internacionales han establecido estándares especiales de protección del derecho a la justicia cuando los hechos configuran crímenes de lesa humanidad. Así, en relación con los hechos que configuran este tipo de crímenes, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha señalado, por ejemplo, entre otras precisiones, que estos crímenes:

son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo que es más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad. Por eso, es el concepto de la humanidad como víctima lo que caracteriza esencialmente los crímenes contra la humanidad.¹⁴¹

En un mismo sentido, la Corte IDH ha considerado que los crímenes de lesa humanidad “van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda”, y, en esa medida, “el daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacio-

¹³⁸ Sobre este estándar, en relación con graves violaciones de derechos humanos, como la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, pueden verse: Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional No. 8, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2001; y Naciones Unidas, Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Protocolo de Minnesota), 1991.

¹³⁹ Cfr. Principios contra la Impunidad, Principio 19; y Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 94.

¹⁴⁰ Al respecto, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 157; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 84 y 131; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 99 y 111. También, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 18. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969 y Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973. Igualmente, CICR, *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario*, 21-4-2004. Los crímenes contra la humanidad —o crímenes de lesa humanidad— se configuran cuando las violaciones de determinados derechos (torturas o tratos inhumanos, crueles o degradantes; ejecuciones sumarias o arbitrarias; desapariciones forzadas; violaciones sexuales) se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Al respecto, también, Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.

¹⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at par. 28.

nal, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”.¹⁴² Dado su carácter, la Corte IDH ha señalado, asimismo, que estos crímenes, “hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad”.¹⁴³

En todos los casos de crímenes contra la humanidad, de crímenes de guerra, de genocidio y de graves violaciones de los derechos humanos,¹⁴⁴ los instrumentos internacionales de derechos humanos y la doctrina y jurisprudencia de los órganos y cortes internacionales de derechos humanos han establecido que no caben figuras como: la amnistía; el *non bis in idem* cuando es fraudulento o aparente;¹⁴⁵ el principio de retroactividad penal que pretende hacer nugatoria la investigación, el juicio y la sanción; la no extradición con base en los principios de no extradición de nacionales o de no extradición de delincuentes políticos, cuando se trata de evadir o hacer nugatoria la obligación de investigar, juzgar y sancionar; la prescripción;¹⁴⁶ la invocación de la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar el hecho;¹⁴⁷ y toda otra figura o institución

¹⁴² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 152.

¹⁴³ Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 128. En igual sentido, Principios de las Naciones Unidas de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973.

¹⁴⁴ La categoría de “graves violaciones de los derechos humanos” es de suma relevancia en relación con la prohibición internacional que tienen los Estados de adoptar figuras o instituciones tendientes a evitar la investigación, juicio y sanción de autores de violaciones de derechos humanos, porque esta prohibición no se aplica, de igual forma, para todas las violaciones de derechos humanos. Sobre la distinción de tipos de violaciones, con respecto a esta prohibición, puede verse Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia de 5 de agosto de 2008.

¹⁴⁵ Específicamente sobre las restricciones al *non bis in idem*, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154. También, Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827 (1993), 25 de mayo 1993, art. 10; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955 (1994), 8 de noviembre 1994, artículo 9; y Estatuto del Tribunal Especial para El Líbano, S/R es/1757 (2007), 30 de mayo de 2007, artículo 5.

¹⁴⁶ Sobre los crímenes de lesa humanidad, la Corte IDH ha señalado que la imprescriptibilidad de los mismos “surge como categoría del Derecho Internacional General (*ius cogens*)”, y no nace como tal de convenciones o tratados. En esta medida, aun cuando un Estado no hubiese ratificado, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaría, de todos modos, obligado a aplicar el estándar de imprescriptibilidad. Al respecto, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 153.

¹⁴⁷ Entre otros, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, párr. 26: “El carácter imperativo de la prohibición de la tortura se ve resaltado por el principio sólidamente establecido que figura en el párrafo 3 del artículo 2, en el sentido de que no puede invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura. Por lo tanto, los subordinados no pueden ampararse en la autoridad superior y deben responder individualmente. Al mismo tiempo, los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden eludir la culpabilidad, ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas

que busque evadir la obligación de investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y sancionar.¹⁴⁸ Al respecto, y en relación con la amnistía y otras medidas de clemencia, los Principios contra la Impunidad establecen que incluso cuando la amnistía y dichas medidas tengan por finalidad “crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional”, deben aplicarse dentro de unos límites básicos. Entre ellos:

- a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de estas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19¹⁴⁹ o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata;
- b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan el derecho de las víctimas a reparación (...), y no menoscabarán en el derecho a saber.
- c) ...¹⁵⁰

inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo. El Comité considera esencial que la responsabilidad de todo superior jerárquico por haber instigado o alentado directamente la tortura o los malos tratos, o por haberlos consentido o tolerado, sea investigada a fondo por órganos fiscales y jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales. Las personas que desobedecen órdenes que consideran ilegales o que cooperan en la investigación de casos de tortura o malos tratos, incluidos los casos en que están involucrados los superiores jerárquicos, deben recibir protección contra toda posible represalia.”

¹⁴⁸ En relación con todas estas prohibiciones, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 18; Observación General No. 20, Reemplaza a la observación general 7, *prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles*: 10/03/92, párr. 44; Observación General No. 6. También, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, en la que el Comité considera, en relación con la prohibición absoluta de la tortura, que “las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición.” Igualmente, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154. Principios contra la Impunidad, principios 22 - 28. Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas, Observación General No 18; Informes de visita a El Salvador y Honduras, 2007. El Grupo de Trabajo ha reiterado que, conforme al artículo 18 de la Declaración sobre la Desaparición Forzada de Personas, “los autores o presuntos autores de desapariciones forzadas no deben beneficiarse de ninguna ley de amnistía especial o de otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”. Sobre imprescriptibilidad de violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes internacionales, ver también Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29.

¹⁴⁹ El principio 19 establece, entre otras, la obligación de los Estados de emprender investigaciones “rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptar “las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”.

¹⁵⁰ Principio 24.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha sido muy preciso en señalar:

la concesión de la amnistía por los delitos cometidos durante los períodos de guerra civil puede comportar una forma de impunidad incompatible con el Pacto. (...) El Comité reitera la opinión expresada en su Observación general No. 20, de que las leyes de amnistía que abarcan las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado Parte de investigar dichas violaciones, garantizar el derecho a gozar de protección contra ellos dentro de los límites de su jurisdicción, y velar porque no se vuelvan a producir violaciones similares en el futuro.¹⁵¹

También el Comité Internacional de la Cruz Roja, al interpretar el sentido del artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, ha señalado que la amnistía prevista en este artículo tiene el propósito de contribuir a la liberación, al término de las hostilidades, de quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las mismas, y no pretende ser una amnistía para aquellos que han violado el derecho internacional humanitario.¹⁵² En el mismo sentido, el Tribunal Especial para Sierra Leona consideró —en una de sus primeras decisiones— que la amnistía concedida —en los acuerdos de paz— a las partes que habían intervenido en el conflicto armado interno, no constituía un obstáculo para investigar y juzgar los crímenes internacionales con respecto a los cuales era aplicable el principio de la jurisdicción internacional.¹⁵³ El Tribunal Especial para Sierra Leona señaló que las amnistías que favorecían estos crímenes, además de violar el derecho internacional, configuraban una grave violación de la obligación *erga omnes* de los Estados de proteger la dignidad humana, y, en ese sentido, configuraban una afrenta contra la conciencia de la humanidad.¹⁵⁴

Finalmente, *en relación con la sanción penal*, la Corte Interamericana ha dicho expresamente que “[t]odos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles

¹⁵¹ Comité de Derechos Humanos, Examen de informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, República del Congo, CCPR/C/79/Add.118, 25 de abril de 2000, párr. 12.

¹⁵² Cfr. CICR, Carta dirigida al Fiscal del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el año 1995, citada en CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Law School. *Amicus Curiae presentado a la Corte Constitucional en el proceso de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005*, disponible en www.cejil.org.

¹⁵³ Cfr. Tribunal Especial para Sierra Leona. *Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro*. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004- 16- AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004.

¹⁵⁴ Cfr. Tribunal Especial para Sierra Leona. *Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro*. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004- 16- AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004, párrs. 71 y 73. Ver, también, sobre la prohibición de las amnistías, Estatuto del Tribunal Especial para El Líbano, art. 6.

con la Convención [Americana sobre Derechos Humanos].”¹⁵⁵ La Corte IDH ha hecho referencia expresa a la obligación de los Estados de garantizar, entre otros principios, el de proporcionalidad de la pena, entendiendo con ello que la respuesta del Estado a la conducta ilícita o criminal “debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.”¹⁵⁶ Consistente con esta jurisprudencia, la Corte IDH también ha dicho que el principio de favorabilidad de una ley anterior debe armonizarse con el principio de proporcionalidad, “de manera que no se haga ilusoria la justicia penal.”¹⁵⁷

El principio de proporcionalidad de la pena está establecido en otros instrumentos internacionales de derechos humanos,¹⁵⁸ y ha sido aplicado por los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y por el Tribunal Especial para Sierra Leona, en el momento de dictar sentencia y establecer la pena.¹⁵⁹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha considerado, al respecto, que el principal factor que debe ser valorado al momento de balancear

¹⁵⁵ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 196.

¹⁵⁶ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 196; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 108; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 70 y 133; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 102. Sobre la proporcionalidad de la pena en función del bien jurídico afectado y de la naturaleza y gravedad del hecho, puede verse también Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 7; y Grupo sobre Desaparición Forzada de Personas, Observación General No. 17 y Observación General No. 18. Igualmente, la Observación General No. 2 del Comité contra la Tortura, en donde el Comité señala, entre otras cuestiones, que “[e]s esencial investigar y establecer la responsabilidad tanto de los integrantes de la cadena jerárquica como de los autores directos.”

¹⁵⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 196.

¹⁵⁸ Entre ellos: Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, artículo V; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, artículo 4.2; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, artículo III; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 6.

¹⁵⁹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, conforme a su Estatuto y a su Reglamento sobre Procedimiento y Prueba, ha considerado que la proporcionalidad de la pena está determinada por distintos factores, tales como, la gravedad del crimen, las circunstancias individuales de la persona que lo ha cometido, las circunstancias de agravación de la pena (como la crueldad que acompañó los hechos y la insensibilidad mostrada por el ofensor) y las circunstancias de atenuación de la pena (como la cooperación eficaz con la investigación, el evitar a las víctimas tener que abrir viejas heridas, el sincero arrepentimiento, la conducta observada después del conflicto, la contribución efectiva a la paz, a la seguridad y a un proceso de reconciliación). Ver, entre otras, *Prosecutor v. Milan Babic*, Case No. IT-03-72-S, Trial Judgement of 29 June 2004; *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, Case No. IT-00-39&40/1, Trial Judgement of 27 February 2003; *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Case No. IT-94-2-S, Trial Judgement of 18 December 2003. Igualmente han sido tenidos en cuenta por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda al aplicar el principio de proporcionalidad. Ver, entre otras, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, Judgement 13 décembre 2006; *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence, 4 September 1998.

los distintos factores que inciden en el señalamiento de la pena de un crimen internacional, es el de la gravedad del crimen.¹⁶⁰ Igualmente, el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional contempla también la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, conforme a varios elementos, entre ellos: la culpabilidad de la persona acusada; el balance entre factores relevantes como las circunstancias de atenuación (como la colaboración con la Corte y los esfuerzos hechos después del hecho para compensar a las víctimas) y de agravación (entre otros, cuando la comisión del crimen se hace en ejercicio abusivo del poder o con particular crueldad o en una víctima particularmente indefensa o cuando el crimen afecta múltiples víctimas) y las circunstancias del crimen y de quien lo cometió; el daño causado, en particular el daño causado a las víctimas y a sus familiares; la naturaleza de la conducta criminal, las condiciones en que se cometió y los medios empleados para cometerla; el grado de participación en los hechos del acusado y el grado de intencionalidad; y las condiciones de edad, familiares y sociales del acusado.¹⁶¹

En consecuencia, si bien no hay un estándar sobre la “pena ideal”, en los casos de crímenes que configuran graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sí hay criterios muy precisos que los jueces/juezas deben tener en cuenta en el momento de señalar la pena, con el fin de cumplir con el principio de proporcionalidad. Los tribunales penales internacionales y los tribunales especiales, al aplicarlos, se han movido entre rangos mínimos de pena y rangos máximos. En estos casos, los rangos máximos han estado también delimitados, en principio, conforme a los respectivos estatutos del tribunal, por las legislaciones penales existentes, en el momento de ser cometidos los hechos, en los países sobre los cuales los tribunales han tenido jurisdicción. En el caso de tribunales posteriores a los tribunales de Núremberg y de Tokio, el Tribunal Especial de Sierra Leona, por ejemplo, ha aplicado, hasta ahora, penas máximas de 50 años de prisión y el Tribunal para la ex Yugoslavia ha aplicado la pena de prisión perpetua.¹⁶² El Estatuto de Roma prevé, también, como pena

¹⁶⁰ Ver, entre otras, *Prosecutor v. Biljana Plavsic*, Case No. IT-00-39&40/1, Judgement of 27 February 2003; *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-A, Trial Judgement, 14 January 2000. Ello implica tener en cuenta las circunstancias en que se cometió el crimen, así como la forma y grado en que el autor participó en el mismo. En las circunstancias son considerados, entre otros factores, el número de víctimas y el impacto que el crimen y la forma en que se cometió tuvo en las víctimas. *Cfr. Prosecutor v. Biljana Plavsic*, párrs. 26 y 29; *Prosecutor v. Kupreskic*, párr. 852.

¹⁶¹ *Cfr.* Reglamento de Procedimiento y Prueba, Regla 145. Una sistematización de decisiones sobre el principio de proporcionalidad puede verse en CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Law School. *Amicus Curiae presentado a la Corte Constitucional en el proceso de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005*, disponible en www.cejil.org.

¹⁶² En el caso *Armed Forces Revolutionary Council*. Ver, SCSL, *Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, Case no. SCSL-04-16-7, Sentencing Judgement, 19 July 2007; y, entre otros, en el ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galic*; Corse No. IT-98-29-A, in the Ap-

máxima la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.¹⁶³ En todo caso, de lo que se trata es que, como ha dicho la Corte IDH, no se haga ilusoria la justicia penal, sin que ello implique la vulneración de los derechos de la persona que es enjuiciada y condenada.¹⁶⁴

3. A modo de conclusión: los derechos a la verdad y a la justicia en un escenario de justicia transicional

Conforme a lo señalado en los acápites anteriores, existe, en el derecho internacional, una normativa, una jurisprudencia y una doctrina abundantes sobre los principios y estándares que estructuran los derechos a la verdad y a la justicia. Estos principios y estándares delimitan —de acuerdo con lo que se dijo en el capítulo anterior— el núcleo normativo duro de la justicia transicional, en lo que atañe a los elementos de verdad y justicia.

Ahora, si tenemos en cuenta que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos —así como al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional— los Estados están obligados a proteger, respetar y garantizar los derechos humanos y, entre ellos, los derechos a la verdad y a la justicia, parece ser claro que la realización del núcleo normativo de la justicia transicional queda también sujeta a las obligaciones que deben ser cumplidas por los Estados.

Aun cuando —como lo sugerí en el capítulo anterior— la justicia transicional es una forma de justicia que no colapsa en el derecho internacional de los derechos humanos y que mantiene su autonomía, es una forma de justicia que está obligada, *normativamente*, a respetar los principios y estándares internacionales. Su contenido normativo básico *debe* coincidir con esos principios y estándares. Claro, se puede decir, a partir de las experiencias concretas de los procesos de justicia transicional, que esto no *es* siempre así o que difícilmente *es* así.¹⁶⁵ Sin embargo, *que no sea* no quiere decir *que no deba ser*: el ser no es siempre el deber ser.¹⁶⁶ Los principios y estándares internacionales que estruc-

peals Chamber, Judgement, 30 November 2006. Los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio aplicaron como pena máxima la pena de muerte.

¹⁶³ Al respecto, Estatuto de Roma, artículo 77.

¹⁶⁴ Agradezco a Camilo Castillo la sugerencia de hacer referencia al tema del quantum de las penas, en los casos de crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones del derecho internacional humanitario.

¹⁶⁵ Al respecto, Iván Orozco (2009).

¹⁶⁶ Personalmente no asumo una distinción conceptual radical entre el mundo del ser y el mundo del deber ser y, por tanto, tengo mis dudas con respecto a la falacia naturalista. Me siento más cómoda, en ese sentido, con una posición como la expuesta por Hilary Putnam (2004). Sin embargo sí considero

turan los contenidos de los derechos a la verdad y a la justicia (y del derecho a la reparación, como lo veremos en el capítulo siguiente) operan como una matriz crítica con respecto a la cual o sobre la cual son evaluados los procesos concretos de justicia transicional.

Cabe distinguir, por tanto, entre el núcleo normativo duro o básico de la justicia transicional —delimitado por los estándares y principios internacionales de derechos humanos— y la concreción particular, que en situaciones y procesos determinados, se da de los elementos de verdad y justicia. Los derechos a la verdad y a la justicia, con sus sentidos, alcances y contenidos, como marco normativo crítico, conforman el ideal normativo hacia el cual debe orientarse o encaminarse la justicia transicional, por lo menos en lo que respecta a sus elementos de verdad y justicia. Este, y no el inverso, debe ser el orden de la relación entre procesos de justicia transicional y principios y estándares articulares de los alcances y contenidos de los dos derechos. Ello no desconoce la contribución que, a partir de la experiencia, hace la justicia transicional al descubrimiento de nuevos principios y al enriquecimiento de los estándares internacionales, porque la perspectiva desde la cual se leen y aprovechan esas experiencias concretas es, precisamente, la perspectiva normativa de los derechos humanos. Es un camino que, como lo sugerí en el capítulo anterior, es de ida y vuelta, con la particularidad que, en el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, se parte desde la perspectiva de los derechos para volver a esta perspectiva.

que, en determinadas ocasiones, se debe estar muy atentos-as a no dar el salto de lo que es a lo que debe ser: que algo sea de cierta manera, en determinadas circunstancias, no quiere decir que, entonces, deba ser así en todas las otras circunstancias. En las discusiones sobre los temas de la justicia transicional intuyo que, a veces, se tiende con facilidad a dar ese salto.



CAPÍTULO 3



EL DERECHO A LA REPARACIÓN

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el derecho a la reparación es un derecho del que son titulares las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por estos dos sistemas normativos. A diferencia de los derechos a la verdad y a la justicia, de los cuales son también titulares las sociedades en su conjunto, el derecho a la reparación ha sido considerado, hasta ahora, fundamentalmente un derecho de las víctimas de violaciones de derechos. En el caso de los derechos a verdad y a justicia se reconoce expresamente, como lo vimos en el capítulo anterior, que las sociedades tienen tanto un derecho colectivo a conocer su historia de opresión y de graves violaciones de derechos humanos como un derecho a exigir la investigación y castigo de aquellos crímenes que, por su inhumanidad y gravedad, trascienden la esfera individual de la persona directamente agredida. En el caso del derecho a la reparación, por el contrario, las sociedades, en su conjunto, no tienen reconocido expresamente, en principio y hasta el momento, un derecho similar a reclamar reparación: la reparación está ligada a quien o a quienes han sufrido violaciones de sus derechos y, a causa de las mismas, han padecido daños, incluidas comunidades, grupos y poblaciones, como veremos más adelante.¹⁶⁷ Sin embargo, el reconocimiento —por parte de varios instrumentos internacionales de derechos humanos y de decisiones de los organismos internacionales de protección de estos derechos— de la dimensión social o colectiva de algunos derechos (como el derecho a la libertad de expre-

¹⁶⁷ La reparación entendida en sentido estricto. En un sentido lato, la reparación comprende la justicia y la verdad. En este caso, sí diríamos que se reconoce un derecho de las sociedades en conjunto a la reparación: a conocer la verdad sobre el pasado de violaciones de derechos y a que se persiga, investigue, juzgue y sancione a los autores de graves violaciones de derechos humanos. Es lo que parece señalar el Juez Sergio García Ramírez en la cita que incorporo un poco más adelante.

sión¹⁶⁸ o el derecho a la asociación),¹⁶⁹ así como el otorgamiento de medidas de reparación de alcance o repercusión pública —como las denomina la Corte Interamericana— permitiría sugerir que, en algunos casos, las sociedades en su conjunto tienen un derecho a reparación. El Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez ha señalado, en ese sentido, lo siguiente:

La víctima es acreedora a reparaciones, porque el orden judicial internacional se despliega (...) para la defensa de intereses individuales y colectivos, vulnerados simultáneamente por la situación o el acto violatorios. Obviamente, esto mismo ocurre en el orden nacional. Así, hay reparaciones debidas precisamente a la víctima, sujeto lesionado, como la indemnización por daños y perjuicios causados, el pago de costas, la atención al proyecto de vida; pero también las hay que se dirigen a restituir o reparar, reponer o preservar bienes que exceden al lesionado inmediato —aunque pudieran abarcarlo— y corresponden a la sociedad en su conjunto. Ocurre tal cosa cuando se dispone la reforma de una norma que se opone a la Convención o se ordena investigar y sancionar al responsable de la violación de derechos, libertades o garantías, que por serlo se convierte, bajo la ley doméstica, en autor de un delito. La persecución de los delitos es una forma de satisfacción para el ofendido, pero ante todo permite mantener incólumes los bienes jurídicos colectivos que se atienden a través de la justicia penal. Otro ejemplo lo vemos (...) en que la Corte dispone medidas que trascienden a los directamente afectados, aunque ciertamente los incluyen.¹⁷⁰

Esta particularidad y complejidad del derecho a la reparación es coincidente, además, con la posibilidad (y el deber) que tienen los Estados de adoptar, en el marco de las medidas de reparación, medidas institucionales y/o estructurales tendientes a evitar que las violaciones de derechos se produzcan o a que vuelvan a repetirse. En estos casos, las medidas son consideradas como medidas que previenen futuras violaciones y contribuyen a que los Estados ajusten su institucionalidad a los estándares internacionales o como garantías de no repetición, que trascienden, en ambos casos, la protección y garantía de los derechos de la víctima particular que reclama la reparación. En el lenguaje de la justicia transicional podríamos hablar, en algunos de estos casos, de reformas institucionales, esto es, del cuarto elemento de la justicia transicional. Sin embargo, en algunos casos, estas medidas pueden ser vistas también como medidas de reparación.

Partiendo de estas consideraciones, en este capítulo me referiré, en primer lugar y en forma general, al derecho a la reparación, y concretamente, al derecho a la reparación integral (1); posteriormente, en forma más específica, haré referencia

¹⁶⁸ Al respecto, Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 13 y 29)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; y CIDH, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, octubre de 2000.

¹⁶⁹ Al respecto, entre otras, Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005.

¹⁷⁰ Sergio García Ramírez (2005, p. 16).

a las reparaciones colectivas y a la reparación de las violaciones del derecho a la propiedad, por considerar que estas reparaciones presentan, en su concreción, dificultades que vale la pena tener en cuenta (2); y, finalmente, haré referencia al derecho a la reparación en el marco de la justicia transicional (3). Conviene aclarar que no hago una referencia separada a las garantías de no repetición, porque, hasta ahora, en el derecho internacional de los derechos humanos, estas garantías están comprendidas en el concepto de reparación integral, y, por tanto, me referiré a ellas como medidas de reparación. Al igual que en los capítulos anteriores, mis referencias se centran en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las decisiones de varios de los órganos internacionales de protección de estos derechos.

1. El derecho a la reparación integral

El concepto de reparación tiene una larga historia en el derecho internacional general, en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁷¹ y también en el derecho internacional humanitario.¹⁷² En el derecho internacional, el concepto de reparación hace referencia a una obligación a cargo de los Estados por hechos que les son imputables, conforme al derecho internacional, y que violan obligaciones internacionales adquiridas por ellos;¹⁷³ y es entendido en términos de una *reparación integral* que comprende *todo el daño causado*, tanto el material como el moral. Así, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, se establece lo siguiente:

Artículo 31. Reparación.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito
2. El perjuicio comprende todo el daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

¹⁷¹ Para una reconstrucción de esta historia, puede verse: ICJ, *Background Information Concerning the Right to Remedy and Reparation*, 10 September 2002. Es importante tener presente que en decisiones recientes de la Corte Internacional de Justicia, en las que ha ordenado medidas de reparación, la Corte ha integrado el derecho internacional de los derechos humanos, y ha ordenado reparaciones a favor de las personas, tanto naturales como jurídicas. Puede verse, al respecto, ICJ, *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, A/ES-10/273.

¹⁷² Al respecto, la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 3); y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (art. 91).

¹⁷³ En virtud de tratados internacionales y/o en virtud de normas imperativas del derecho internacional.

La obligación de los Estados es, por tanto, la de *reparar integralmente* los daños causados por sus comportamientos contrarios al derecho internacional. Adicionalmente, conforme al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, los Estados responsables del hecho no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de la obligación de reparar.¹⁷⁴

Estos mismos principios rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, en relación con la obligación de reparar que tienen los Estados cuando violan las obligaciones de respetar y garantizar o asegurar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario.¹⁷⁵ En este sentido, toda violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario da lugar a un derecho de la víctima y de sus familiares a obtener reparación, y a la consecuente obligación del Estado de garantizar dicho derecho.¹⁷⁶ Esta obligación de garantizar existe con independencia de que el autor o responsable de la violación sea un agente del Estado o un tercero particular.¹⁷⁷ El reconocimiento del derecho a la reparación, y el establecimiento de la consecuente obligación del Estado de garantizarlo, es considerado expresamente “un postulado fundamental de la normativa internacional de los derechos humanos”, que ha sido reconocido en diversos tratados de derechos humanos.¹⁷⁸ La obligación de garantizar el derecho a la reparación está, además, íntimamente vinculada a la obligación que tienen los Estados de garantizar recursos adecuados y efectivos para la protección y/o reclamación de los derechos. El Comité de Derechos Humanos ha señalado al respecto que “[s]i no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un

¹⁷⁴ Cfr. artículo 32. Irrelevancia del derecho interno.

¹⁷⁵ De acuerdo con las obligaciones establecidas en el respectivo tratado e, igualmente, de acuerdo con las obligaciones que nacen de las normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁷⁶ Cfr. Principios contra la Impunidad, versión actualizada, principio 31. Vale la pena recordar que la Corte IDH ha dicho al respecto que, como consecuencia de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. (*Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 175).

¹⁷⁷ Al respecto, Principios y Directrices, principio 15.

¹⁷⁸ Cfr. Comisión de Derechos Humanos, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, párr. 57. Sobre el reconocimiento, en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho a la reparación, y de la obligación de garantizarlo, puede verse el Anexo del documento de la CNRR, *Recomendación de criterios de reparación y proporcionalidad restaurativa*, Bogotá, 2007.

recurso efectivo (...) no se cumple”.¹⁷⁹ En un mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH cuando, al declarar la violación del artículo 25 de la Convención Americana, señala, en el respectivo caso, que los procesos y procedimientos internos “no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.”¹⁸⁰

Estos principios generales no se alteran en contextos de justicia de transición. Los Principios contra la Impunidad contemplan explícitamente la situación de aquellas sociedades que han experimentado “crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática”. En el informe de 2004 de la experta independiente encargada de actualizar los Principios, se recoge y evalúa, en ese sentido, las experiencias vividas —en relación con las respuestas a las exigencias de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición— por las sociedades que, hasta esa fecha, habían pasado por procesos de justicia transicional.¹⁸¹ Contando con esas experiencias, los Principios en su versión actualizada reafirman el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario a una *reparación plena y efectiva*, y la obligación de los Estados de garantizar ese derecho.¹⁸²

¹⁷⁹ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004, párr. 16.

¹⁸⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 158. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se refiere a este vínculo como la “dimensión procesal” del derecho a la reparación. Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 5.

¹⁸¹ Entre ellas, para ese momento, las sociedades de Chile, Argentina, El Salvador, Perú, Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Sudáfrica, Timor-Leste y la ex Yugoslavia. Ver: Comisión de Derechos Humanos, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004.

¹⁸² Cfr. principios 31 - 34. En un sentido similar, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro, Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*, E/CN.4/Sub.2(2005)/17, 28 de junio 2005, en donde se dice lo siguiente: “En los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria, los Estados deben prever procedimientos, instituciones y mecanismos de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. En los acuerdos de paz, las partes deben comprometerse expresamente a abordar de forma apropiada todas las cuestiones relativas a las viviendas, las tierras y el patrimonio que requieran reparaciones con arreglo al derecho internacional o que, en caso de no abordarse, podrían poner en peligro el proceso de paz; también se comprometerán a dar prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación a este respecto” (principio 12.6). Podría entenderse en el mismo sentido lo dicho por la Corte IDH en el *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000: “Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma

Para comprender mejor el concepto de reparación integral, que está en el núcleo del derecho a la reparación, me referiré a los siguientes elementos del concepto, señalados en el derecho internacional:¹⁸³ i) el/la titular del derecho; ii) el sentido y objeto de la reparación; y iii) el alcance de la reparación. Mencionaré también las formas de reparación reconocidas hasta ahora por el derecho internacional general. Estos mismos elementos, así como las formas de reparación, han sido recogidos por el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸⁴ Adicional a estos elementos, los tratados internacionales de derechos humanos y los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han identificado como otro elemento relevante de la reparación, la participación de la víctima en el proceso de reparación y en la concreción de ciertas medidas de reparación.¹⁸⁵

1.1. El/la titular del derecho a la reparación

El derecho a la reparación nace del hecho de la violación de un derecho humano y, por tanto, es la víctima de esa violación de derechos la que, en su condición de tal, es titular del derecho a la reparación.¹⁸⁶ En este sentido, es de suma importancia tener presente que la condición de víctima es una condición eminentemente fáctica: se es víctima cuando se sufre la violación de un derecho humano reconocido por el derecho internacional y/o por el derecho interno

de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”. “Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho son o no compatibles con la Convención Americana”.

¹⁸³ Al respecto, Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case concerning the Factory at Chorzów*. Judgment No. 13 of 1928; y Comisión de Derecho Internacional, UNDoc.A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

¹⁸⁴ La sistematización más completa de los pilares básicos de la reparación, su sentido o significado, su finalidad e interpretación, en relación con violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, está, hasta ahora, en los Principios y Directrices.

¹⁸⁵ Entre otras, puede verse, Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 233; *Caso Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 176; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 247; y *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*, Reparaciones y costas, sentencia de 29 de agosto de 2002, párr. 118. Sobre la participación de las víctimas en el procedimiento ante los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, en relación con las decisiones sobre reparación y medidas de reparación puede verse Sergio García Ramírez (2005).

¹⁸⁶ Conviene recordar que, en el derecho internacional, la obligación de reparar nace del incumplimiento de otras obligaciones internacionales. Cuando se produce una violación de derechos humanos, y así se declara, ello supone el incumplimiento por el Estado de una obligación internacional. Así lo ha precisado la Corte IDH en varias de sus sentencias: “Con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar” (Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 232; y *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 175).

del respectivo Estado.¹⁸⁷ Así, una víctima lo es con independencia de que el autor de la violación sea o no individualizado y/o con independencia del vínculo que haya tenido con él.¹⁸⁸ Los Principios y Directrices establecen al respecto que “[u]na persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.¹⁸⁹ Igualmente, los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden, a su vez, ser víctimas (y no solo causahabientes de las víctimas iniciales) en razón del sufrimiento, la angustia, la inseguridad, la indefensión o la zozobra padecidos a causa de lo ocurrido a su ser querido y/o a causa de la impunidad del hecho. Estos padecimientos pueden llegar a ser considerados una violación, entre otros, de su derecho a la integridad personal.¹⁹⁰ Asimismo, la violación del derecho a garantías judiciales y/o a un recurso judicial efectivo puede ser una violación que afecte tanto a las víctimas iniciales como a sus familiares. En este caso, los familiares tendrán también la calidad de víctimas. En su calidad de víctimas, los familiares son titulares del derecho a la reparación y sujetos de medidas de reparación.

Ahora bien, ¿quién tiene la calidad de *sujeto de derechos* que, en su condición de *titular de derechos humanos*, puede llegar a ser víctima de una violación de los mismos? Esto es algo que los respectivos tratados internacionales de derechos humanos determinan. Así, por ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce como titulares de derechos a las personas naturales, y su Protocolo Adicional número 1 reconoce también como titulares de varios derechos a las personas

¹⁸⁷ Los derechos humanos reconocidos en los derechos internos de los Estados están protegidos también por el derecho internacional de los derechos humanos en virtud del principio *pro homine* o *pro persona* o de interpretación a favor del individuo. En el sistema interamericano, el artículo 29.b) de la Convención Americana establece al respecto que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; ...”

¹⁸⁸ Se podría decir que la condición de víctima, en el derecho de los derechos humanos, es una condición objetiva, independiente de la condición subjetiva de la víctima e independiente de la historia de vida de la víctima. Esta precisión es importante, si se tiene en cuenta la discusión que se ha dado en la filosofía sobre quién tiene la calidad de víctima. Ver, por ejemplo, Manuel Reyes Mate (2003), sobre la noción de la víctima como la persona inocente; o Giorgio Agamben (2000), sobre el *musulman* en los campos de exterminio nazi como la verdadera víctima.

¹⁸⁹ Principio 9. También Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, Resolución 40/34 de la Asamblea General, 1985.

¹⁹⁰ Ver, entre otras, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 258 - 268; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2006, párrs. 143- 145; y *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 271.

jurídicas o personas morales. Por tanto, en el sistema europeo de derechos humanos, las personas naturales y las personas jurídicas pueden llegar a ser víctimas de violaciones de derechos. De igual manera, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contemplan también, al lado de la titularidad de los derechos en cabeza de los individuos, la titularidad de determinados derechos en cabeza de los pueblos, lo que significa que tanto los unos como los otros pueden llegar a ser sujetos pasivos de las violaciones de derechos.¹⁹¹ Por el contrario, la Convención Americana solo reconoce como titulares de los derechos protegidos en la Convención a las personas naturales.¹⁹² Sin embargo, esto no ha impedido que la Corte IDH y la CIDH protejan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y los derechos fundamentales que los individuos tienen en su calidad de miembros de personas jurídicas.¹⁹³

1.2. El sentido y objeto de la reparación

En relación con las violaciones de derechos humanos y/o derecho internacional humanitario, y los daños producidos por esas violaciones, los organismos internacionales de derechos humanos coinciden en señalar que la reparación consiste en las medidas que *tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones de derechos cometidas*.¹⁹⁴ De acuerdo con el sentido de la reparación,

¹⁹¹ El artículo 1 del PIDCP y del PIDESC reconocen el derecho de los pueblos a la libre determinación y, con base en ello, a establecer libremente su condición política, proveer a su desarrollo económico, social y cultural y disponer de sus riquezas y recursos naturales. En el caso del PIDCP, aun cuando su Protocolo Facultativo establece un procedimiento de comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que, no obstante ese procedimiento de comunicaciones individuales, “no hay inconveniente en que un grupo de individuos que afirme haber sido afectado en forma análoga presente colectivamente una comunicación acerca de supuestas violaciones de sus derechos.” (Comunicación No.167/1984, Jefe Bernard Ominayak y miembros de la Agrupación del Lago Lubicon, 26 de marzo de 1990, párr. 32.1). El Protocolo Facultativo del PIDESC prevé, expresamente, que las comunicaciones podrán ser presentadas tanto por personas como por grupos de personas.

¹⁹² El artículo 1.2 de la Convención Americana aclara que, para efectos de la Convención, “persona” es “todo ser humano”.

¹⁹³ Al respecto, puede verse: Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones Preliminares*, sentencia de 7 de septiembre de 2001, párrs. 26-29. También, Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, en donde la Corte dijo: “Ciertamente la Corte ha considerado en casos anteriores que, si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, eso no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.” (párr. 399).

¹⁹⁴ Al respecto, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 137. Ver, también, Sergio García Ramírez (2005) y Alirio Abreu Burelli (2005, pp. 144-148).

esta tiene por objeto principal *el restablecimiento de la situación anterior al hecho que produce la violación de derechos*.¹⁹⁵ La Corte Interamericana ha considerado al respecto, entre otras cuestiones, que para establecer los daños y perjuicios sufridos por una víctima, “el Estado debe considerar a la víctima en las condiciones en las que se encontraba antes de los hechos violatorios de sus derechos humanos”.¹⁹⁶ Los Principios y Directrices vinculan, además, el objeto de restablecimiento que tiene la reparación a la finalidad de la justicia y establecen, en ese sentido, que “[u]na reparación adecuada, efectiva y rápida *tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derecho humanos o graves violaciones del derecho internacional humanitario*” (cursivas añadidas).¹⁹⁷

Esta lógica, de buscar hacer desaparecer los efectos de las violaciones de derechos cometidas y de lograr el restablecimiento de la situación anterior al hecho de la violación, es la que encontramos en las distintas formas de reparación. Así, la *restitución* busca *devolver* a la víctima, en la medida de lo posible, a su situación anterior al hecho de la violación del derecho (mediante la devolución de la libertad, los derechos legales, la posición social, la vida familiar, la ciudadanía, los bienes, el retorno a su lugar de residencia o la recuperación del empleo, entre otras medidas).¹⁹⁸ La *indemnización* busca *compensar* los daños materiales sufridos como consecuencia de la violación de derechos, o los daños morales o los daños físicos o mentales sufridos también como consecuencia de la violación de derechos (incluidas las oportunidades perdidas, las afectaciones del patrimonio, los gastos hechos para cubrir la asistencia jurídica o la asistencia médica, los medicamentos, la asistencia social, entre otros),¹⁹⁹ y, por tanto, debe ser otorgada en la *extensión y en la medida suficientes* para resarcir esos daños.²⁰⁰ La *rehabilitación* busca la asistencia médica, psiquiátrica, psicológica, legal, que permita a la víctima *rehabilitarse en la forma más completa posible*.²⁰¹

¹⁹⁵ Al respecto, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 136.

¹⁹⁶ Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 162.

¹⁹⁷ Principio 15.

¹⁹⁸ Sobre el sentido de esta forma de reparación en el derecho internacional general puede verse Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 35.

¹⁹⁹ Sobre el sentido de esta forma de reparación en el derecho internacional general puede verse Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 36.

²⁰⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 47.

²⁰¹ Al respecto, por ejemplo, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 14; y también, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 26.

La *satisfacción* busca *recuperar* el nombre, la historia y la dignidad de la víctima (mediante acciones como el reconocimiento público de responsabilidad, la creación de fondos o becas con los nombres de las víctimas, las publicaciones con la historia de las víctimas, la construcción de monumentos o memoriales que recuerdan los hechos y a las víctimas, o nombrar espacios públicos con los nombres de las víctimas).²⁰² Y las *garantías de no repetición* buscan que la víctima *no vuelva a sufrir* una violación de sus derechos (mediante la adopción de medidas jurídicas, administrativas y/o de otra índole necesarias para evitar la reiteración de hechos similares).²⁰³

1.3. El alcance de la reparación

Los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario hacen referencia a una *reparación justa, adecuada y proporcional*²⁰⁴ a la naturaleza y gravedad de la violación cometida, a la gravedad de las circunstancias en que se produjo la violación del derecho²⁰⁵ y al daño sufrido por la víctima, en sus distintas facetas. Esa reparación debe atender, como se dijo antes, *todos* los daños y perjuicios sufridos, incluidos los daños materiales y los daños morales,²⁰⁶ y debe responder, igualmente, a la particular vulnera-

²⁰² Al respecto, Principios y Directrices, principio 22; y Amnistía Internacional (2001). Sobre el sentido de esta forma de reparación en el derecho internacional general puede verse Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 37.

²⁰³ Cfr. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Manuel Cepeda Vargas, Caso 12.531 contra Colombia, 14 de noviembre de 2008, párr. 135. Ver, también, Principios y Directrices, principio 23.

²⁰⁴ Entre otros, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (se refiere a reparación “justa y adecuada”, art. 14); Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (se refiere a reparación “adecuada”, art. 9); Estatuto de la Corte Penal Internacional (se refiere a “reparación adecuada”, art. 75); Principios y Directrices (se refieren a reparación “adecuada, efectiva y rápida” y a reparación “proporcional”, principios 15 y 18); Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, Resolución 40/34 de la Asamblea General, 1985.

²⁰⁵ Al respecto, entre otras, Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párrs. 172 y 176.

²⁰⁶ Cfr. Principios contra la Impunidad, principio 34. También, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 24; Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 416; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 142; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 137; y *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 163. En el daño material se comprenden los conceptos de daño emergente y lucro cesante. El daño moral, según la jurisprudencia de la Corte IDH, “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria. Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad.

bilidad de la víctima y a su condición específica de edad, sexo, género, raza o etnia. Al respecto, la Corte IDH ha considerado que “[la]s reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones alegadas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos”, y ha dicho que en sus propias decisiones “deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.”²⁰⁷

Ahora bien, en relación con las formas de reparación, debe entenderse que una reparación integral contempla las formas de reparación necesarias para lograr una reparación justa, adecuada y proporcional a las violaciones y daños sufridos, y, en consecuencia, la reparación integral no puede quedar limitada, *a priori*, a una única forma de reparación. La reparación es, en este sentido, “el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)”²⁰⁸ y, por tanto, la reparación integral no es sinónimo de indemnización, como no lo es tampoco de la *restitutio in integrum*. La indemnización y la restitución son formas de reparación. Como lo ha señalado el ex Juez de la Corte IDH Alirio Abreu Burelli, en relación con la indemnización:

La indemnización no puede interpretarse como sustitutiva de la obligación del Estado de reparar las consecuencias de la violación de los derechos humanos, pues, además, deberá el Estado sancionar a los responsables, adoptar las medidas para borrar los efectos de dichos crímenes y evitar que estos se repitan. Lo contrario sería admitir que el Estado pueda continuar las violaciones, o permitir que éstas se produzcan, y liberarse de las responsabilidades internacionales con el pago de reparaciones pecuniarias.²⁰⁹

Igualmente, en relación con la restitución, si bien la Corte IDH ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que “[l]a reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior”, también ha dicho que “[d]e no

Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”. (Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros), *Reparaciones y costas*, sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 84).

²⁰⁷ Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 110. La Corte IDH también ha señalado que la calidad y monto de la reparación “dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como en el moral” y que “la reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”. Corte IDH, *Caso Castillo Páez. Reparaciones vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 53.

²⁰⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, *Reparaciones y costas*, sentencia de 27 de noviembre de 1998. También, Alirio Abreu Burelli (2005, p. 144).

²⁰⁹ Alirio Abreu Burelli (2005, p. 145).

ser esto posible, (...) el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados.”²¹⁰ Por tanto, aun cuando el restablecimiento de la situación anterior al hecho de la violación es el principal objetivo buscado por la reparación, puede suceder que la restitución no sea posible o que no sea la forma más justa y adecuada de garantizar la reparación integral de las violaciones y daños sufridos. Al respecto, la Corte IDH ha dicho:

en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como **puede** ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como **debe** ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada (...). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana (resaltados en el texto).²¹¹

Según el ex Juez Abreu Burelli, la doctrina contemporánea sobre la reparación “identifica distintas *formas de reparación desde la perspectiva de las víctimas*, de sus necesidades, aspiraciones y reivindicaciones” (cursivas en el texto)²¹² y, en esta medida, será desde esa perspectiva, y atendiendo a las necesidades y situación de las víctimas, que podrán determinarse, de manera justa, adecuada y proporcional, las formas de reparación que, en cada caso, satisfacen el derecho a una reparación integral. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha dicho también:

Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.²¹³

²¹⁰ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 88; *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 87; y *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 53.

²¹¹ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 49.

²¹² Cfr. Alirio Abreu Burelli (2005, p. 146).

²¹³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, párr. 16. En sus decisiones sobre casos individuales el Comité también diferencia la “indemnización adecuada” y “las medidas eficaces para reparar las violaciones”. Ver, entre otros, Comunicación No. 162/1993, Omar Berterretche Acosta, 25 de octubre de 1988; Comunicación No. 196/1985, Ibrahim Gueye y otros, 3 de abril de 1989; y Comunicación No. 195/1985, William Eduardo Delgado Páez, 12 de julio de 1990. En esta comunicación el Comité dijo lo siguiente: “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte debe adoptar medidas efectivas para rectificar las violaciones cometidas en perjuicio del autor, en particular pagarle una indemnización adecuada, y velar por que no vuelvan

Asimismo, la Corte Interamericana ha sido insistente en recordar a los Estados que la reparación integral comprende distintas medidas como la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, y las garantías de no repetición, y, por tanto, no se agota en la compensación económica ni se satisface plena y adecuadamente a través de una única forma de reparación.²¹⁴

Adicional a estas consideraciones, es fundamental tener presente que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos relativas al derecho a la reparación deben estar orientadas, en todo caso, por el principio *pro persona* y deben tener en cuenta el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, que no es otro que el de proteger los derechos de los seres humanos.²¹⁵

Finalmente, vale la pena recordar que el deber de reparar, en los casos de violaciones de derechos humanos, es un deber del Estado, que no puede descansar exclusivamente —como ha dicho la Corte IDH— en la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares ni en la aportación privada de elementos probatorios,²¹⁶ y que los Estados deben asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y/o sus familiares “no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos”.²¹⁷ Ello requiere, como a su vez lo ha señalado la CIDH, que los Estados “establezcan y refuercen los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación, mediante procedimientos de oficio, expeditos, justos, poco costosos y accesibles”.²¹⁸

a ocurrir violaciones de ese tipo”, párr. 7.1.; Ver también, Principios y Directrices; y CIDH, *Manual sobre reparaciones*, 15 de julio de 2005.

²¹⁴ Cfr., entre otras, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 337.

²¹⁵ Al respecto, la Jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga (2005, p. 220), ha señalado lo siguiente: “La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico. El tratado debe ser leído de tal manera que la norma se interprete en el sentido que más se avenga con ellos en el momento de la interpretación. En el caso de los derechos humanos, (...) el objeto y fin de los tratados que los consagran y garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de tales derechos les esté garantizada. Por ello, la interpretación de cada derecho humano debe hacerse de manera que permita esa protección, incluso ante posibles violaciones no consideradas al momento en que la norma se gestó.”

²¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 340.

²¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 198.

²¹⁸ Cfr. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Manuel Cepeda Vargas, Caso 12.531 contra Colombia, 14 de noviembre de 2008, párr. 121.

2. Reparaciones colectivas y medidas de reparación de la violación del derecho a la propiedad

2.1. Las reparaciones colectivas

La reparación colectiva es una dimensión de la reparación integral y, en este sentido, conforma el derecho a la reparación del que son titulares las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por tanto, cuando se hace referencia a la reparación colectiva deben tenerse presentes las normas del derecho internacional de los derechos humanos que, de un lado, reconocen el derecho de las víctimas a la reparación y establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas de reparación, y, del otro, definen la noción de reparación y las formas de reparación. En este sentido, la reparación colectiva responde a la definición general de reparación, busca los mismos objetivos de la reparación y puede ser materializada a través de las distintas formas que integran la reparación.

A pesar de esta inicial claridad sobre el sentido y alcance de las reparaciones colectivas, parece existir una dificultad en poder precisar cuándo son necesarias estas medidas o cuándo estamos ante una de estas medidas y no ante otro tipo de medidas. Así, hay dificultad en determinar *quiénes* son los titulares del derecho a reparación colectiva y, en consecuencia, cuándo proceden las medidas de reparación colectiva. Ello se da, entre otras, por la dificultad en poder precisar cuándo se está ante un sujeto colectivo de derechos, en los casos en que esta declaración no ha sido hecha expresamente por una norma internacional o de derecho interno. Por ejemplo, los pueblos y comunidades indígenas y tribales son reconocidos como tales, por el derecho internacional, como titulares de derechos.²¹⁹ En relación con ellos existe una mayor claridad en el momento de identificar las medidas de reparación colectiva como medidas adecuadas en un caso concreto. Igual sucede en el sistema europeo de derechos humanos con respecto a las personas jurídicas y en relación con los derechos que les son reconocidos, o en el sistema africano de derechos humanos, con respecto a los derechos de los pueblos que son reconocidos en la Carta de Banjul. Sin embargo, cuando este reconocimiento no existe explícitamente no resulta fácil determinar, a veces, cuándo una violación de derechos humanos demanda medidas de reparación colectiva. Igualmente, en ocasiones, resulta difícil determinar no solo cuándo son adecuadas las medidas de reparación colectiva, sino también cuándo estamos ante una de estas medidas o ante otro tipo de medidas. Ello, debido a la frontera borrosa que parece existir, de un lado, entre medidas de reparación colectiva y medidas tendientes a producir reformas institucionales

²¹⁹ Al respecto, entre otros instrumentos internacionales, Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas.

o a introducir expresamente políticas públicas destinadas a garantizar, a futuro, la efectiva garantía de los derechos humanos; y del otro, entre medidas de reparación reconocidas a una víctima individual y el efecto colectivo o social que se busca lograr también al otorgar la medida. La adopción de este tipo de medidas no implica, necesariamente, que estemos ante medidas de reparación colectiva. Podría tratarse, en el primer caso, de reformas necesarias para adecuar la institucionalidad de un Estado a los estándares internacionales o, también, de medidas de repercusión social —como las ha denominado la CIDH— que buscan transformaciones en prácticas o comportamientos o actitudes, y que en ese sentido contribuyen también a la adecuación a los estándares internacionales. En ambas situaciones estamos ante medidas que ordenan reformas o cambios pero que no tienen, necesariamente, la entidad de medidas de reparación. En el segundo caso podría tratarse de medidas de reparación individual que buscan impactar la conciencia colectiva o la conciencia social —usando uno de los conceptos adoptados por la Corte IDH— pero que no pierden el carácter de medidas individuales. Finalmente, la dificultad para determinar si estamos ante una medida de reparación colectiva o si esta sería la medida adecuada, viene dada también, en otros casos, por la borrosidad de fronteras que existe entre medidas colectivas de reparación dirigidas a un grupo y medidas individuales de reparación reconocidas a un número amplio de víctimas de un mismo tipo de violaciones de derechos.²²⁰

En lo que sigue voy a hacer referencia, en primer lugar, a algunos instrumentos internacionales y a algunas decisiones de organismos internacionales en los que se reconoce la existencia de víctimas colectivas (a), y, en segundo lugar, a algunas de las sentencias de la Corte IDH en las que la Corte ha ordenado medidas de reparación colectiva (b). Con esto deseo mostrar la forma en que en el derecho internacional se ha tratado de responder a las dificultades a las que me he referido, sin pretender sugerir con ello que las dificultades están superadas.²²¹ Creo, al respecto, que el concepto de reparaciones colectivas es

²²⁰ No hago referencia, aquí, a la *dificultad política* que se presenta cuando un Estado pretende convertir los programas sociales o los programas de desarrollo en medidas de reparación colectiva. Creo que cuando los Estados atienden adecuadamente a los elementos normativos que definen el derecho a la reparación integral evitan esta confusión. Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, entre ellos la Corte IDH, han sido claros en distinguir medidas de reparación colectiva y programas sociales o de otro tipo. Puede verse, al respecto, entre otras, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005; y *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre de 2004. También, las consideraciones sobre el tema en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, pp. 27-28.

²²¹ Ver, en este sentido, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, pp. 27-28.

uno de los conceptos aún en construcción en el derecho internacional y, en concreto, en el derecho internacional de los derechos humanos.

a. Comunidades, grupos o colectividades víctimas. Violación de la dimensión colectiva de los derechos y efectos colectivos de las violaciones

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce las víctimas individuales y las víctimas colectivas. La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en su artículo 2, establece que “[s]e entenderá por ‘víctima’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales.” En igual sentido, y en lo pertinente, los Principios y Directrices establecen en el Principio 8 que “[a] los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluida lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales (...)” Estos mismos Principios y Directrices establecen también que “[a]demás del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.”²²² A su vez, los Principios contra la Impunidad reconocen las reparaciones dirigidas a “individuos y a comunidades”.²²³

Sobre el reconocimiento de las víctimas colectivas, y el derecho a reparación colectiva, en el “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, el Relator Especial de Naciones Unidas hizo en su momento varias precisiones:

No se puede negar que tanto los individuos como las colectividades a menudo resultan víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos. (...). Esto también se dio por sentado en la resolución 1989/13 de la Subcomisión, que contiene algunas directrices útiles sobre quién tiene derecho a la reparación. A este respecto la resolución menciona en su primer párrafo del preámbulo “las personas”, “los grupos” y “las comunidades”. (...). Esta coincidencia de aspectos individuales y colectivos es particularmente patente en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto es necesario por lo tanto que, además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos se adopten medidas adecuadas para que los grupos de víctimas o las comunidades que son víctimas tengan derecho

²²² Cfr. principio 13.

²²³ Cfr. principio 32.

a presentar reclamaciones colectivas por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva.²²⁴

Por tanto, en relación con las “colectividades” víctimas, el derecho internacional de los derechos humanos distingue, en principio, como señala el Relator Especial, “las comunidades” y “los grupos de víctimas”.

Las *comunidades* víctimas pueden ser entendidas como aquellas comunidades históricas, más o menos completas institucionalmente, que ocupan un territorio, comparten una lengua y una cultura (por ejemplo, las minorías nacionales o las minorías étnicas asentadas territorialmente). Pueden ser, también, las comunidades organizadas, ubicadas en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados, y que por el hecho de formar parte de dicha comunidad han sufrido un daño.²²⁵ Y pueden serlo, igualmente, poblaciones cuyos integrantes han sufrido violaciones de derechos.²²⁶ Como se señaló antes, los *pueblos, naciones y comunidades indígenas*, así como los *pueblos y comunidades tribales*, son reconocidos como tales en el derecho internacional de los derechos humanos.²²⁷

Por su parte, la noción de *grupos* hace referencia no solo a los grupos preexistentes al hecho que ocasiona la violación del derecho y al daño que debe ser reparado (por ejemplo, una asociación, un partido o un sindicato), sino también a los grupos de personas que sufren un daño producido por una misma causa, bien sea que se trate de la violación de un derecho colectivo o de la violación de

²²⁴ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, párr. 14.

²²⁵ Al respecto, Corte IDH, *Caso de la Comunidad de San José de Apartadó. Medidas provisionales*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000.

²²⁶ Al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 278. En esta sentencia la Corte IDH dijo lo siguiente: “En relación con el alegato sobre la presunta violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de la población general de El Aro y La Granja, esta Corte considera que, por la gravedad del sufrimiento causado por las masacres en dichos corregimientos y el temor generalizado que provocaron las incursiones paramilitares en este caso, lo cual se enmarca en un patrón de masacres semejantes, los pobladores de La Granja y El Aro que no fueron señalados en los párrafos anteriores son víctimas de la violación a la integridad psíquica.”

²²⁷ Los pueblos y comunidades tribales han sido reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. En el sistema interamericano, la Corte IDH ha reconocido expresamente esa condición al Pueblo Saramaka, de Surinam. En la sentencia de 28 de noviembre de 2007, la Corte hizo ese reconocimiento en los siguientes términos: “[L]a Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam (...). Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.”

derechos individuales.²²⁸ La Convención Americana establece al respecto, en su artículo 44, la posibilidad de que grupos de personas presenten denuncias ante los órganos de protección del sistema interamericano, señalando que “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte (cursiva añadidas)”. Una redacción similar aparece en el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento (cursiva añadidas).

En su pacífica jurisprudencia, la Corte IDH, además de reconocer la existencia de daños directos sufridos por comunidades y por grupos de personas, ha considerado, adicionalmente, la afectación que la violación de derechos humanos de una persona produce en la dimensión colectiva o social de otros derechos (por ejemplo, la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de un dirigente sindical puede implicar la violación de la dimensión colectiva o social del derecho de asociación sindical).²²⁹ De esta forma, la distinción entre la dimensión individual y la dimensión colectiva de ciertos derechos contribuye a determinar la existencia de una afectación colectiva, y la pertinencia de medidas de reparación colectiva. Igualmente, la Corte IDH ha reconocido expresamente, en varios casos, la violación directa de la dimensión colectiva del derecho (por ejemplo, del derecho a la libertad de pensamiento y expresión²³⁰ o de los derechos políticos).²³¹ Asimismo, la Corte IDH ha reconocido la existencia de

²²⁸ Al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 397. En esta sentencia la Corte consideró que un grupo de las personas que habían sido víctimas del desplazamiento forzado, a causa de los hechos ocurridos en El Aro y la Granja, eran merecedoras de reparaciones colectivas, y no de indemnizaciones individuales por los daños inmateriales sufridos. Igualmente, en el *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, la Corte IDH se refirió a los trabajadores de Globovisión como un grupo de personas que podrían ser objeto de afectación de sus derechos: “Es suficiente la mera percepción de la identidad ‘opositora’, ‘golpista’, ‘terrorista’, ‘desinformadora’ o ‘desestabilizadora’, proveniente principalmente del contenido de los referidos discursos, para que ese grupo de personas, por el solo hecho de ser identificables como trabajadores de ese canal de televisión y no por otras condiciones personales, corrieran el riesgo de sufrir consecuencias desfavorables para sus derechos, ocasionadas por particulares.” (párr. 158).

²²⁹ Cfr. al respecto, Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005.

²³⁰ Cfr. al respecto, Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004; *Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

²³¹ Cfr. al respecto, Corte IDH, *Caso Yátama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005.

efectos colectivos como consecuencia de las violaciones de derechos sufridas por las víctimas directas.²³²

Podría considerarse, entonces, con base en lo señalado hasta aquí, que las medidas de reparación colectiva serían medidas de reparación adecuadas cuando tiendan: i) a restablecer los derechos vulnerados y a hacer desaparecer los efectos de la violación del derecho sufridos por *colectividades* (comunidades, pueblos, poblaciones, grupos preexistentes o no preexistentes al hecho de la violación); o ii) a restablecer el derecho y hacer cesar los efectos de las violaciones de *la dimensión social o colectiva* de los derechos; o iii) a hacer desaparecer los *efectos colectivos* de violaciones de derechos.

b. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medidas de reparación colectiva

En la introducción que acompaña a los Principios contra la Impunidad, en su versión de 1997, se señala que el derecho a la reparación entraña, además de las medidas individuales, “medidas de alcance general y colectivo”.²³³ Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha ordenado, en ese sentido, medidas de reparación de carácter colectivo, en conexión con las medidas de reparación individual, tales como reabrir y dotar de personal docente y administrativo una escuela y ponerla en funcionamiento, y reabrir y poner en condiciones operativas un dispensario de salud. Al ordenar estas medidas colectivas, la Corte Interamericana tuvo en consideración, en el caso concreto, que esta era una condición básica para hacer efectiva la reparación de las víctimas sobrevivientes, y de los niños y familiares de las víctimas. Al respecto, la Corte señaló:

En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas.

²³² Cfr. al respecto, Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004.

²³³ Cfr. Comisión de Derechos Humanos, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, párr. 40. Desde los primeros casos llevados por la CIDH a la Corte IDH, la Comisión Interamericana solicitó el otorgamiento de medidas de satisfacción colectiva como el reconocimiento público de responsabilidad, las disculpas públicas o el nombrar un parque, una plaza o una calle con los nombres de las víctimas. Al respecto, puede verse, Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 20 y ss., en donde se consignan las peticiones hechas por la CIDH.

Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año.²³⁴

La Corte IDH también ha ordenado medidas de satisfacción de alcance general y colectivo (“de alcance o repercusión pública”) en casos en donde ha declarado la violación de derechos individuales, pero ha reconocido la existencia de un contexto institucional que ha favorecido y permitido la violación, así como el carácter general de los efectos de las violaciones. En este sentido, en el *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte consideró que la reparación de las víctimas debía cumplirse, además de otras medidas, “mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.”²³⁵

En sus sentencias sobre derechos de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha reconocido, entre otros aspectos, el carácter colectivo que la propiedad tiene para los pueblos indígenas y tribales. En este sentido, al encontrar violaciones del derecho a la propiedad de las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas y de los pueblos tribales ha ordenado medidas colectivas de reparación consistentes en: proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los

²³⁴ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 96.

²³⁵ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 168. En un mismo sentido, la Corte IDH ordenó en el *Caso 19 comerciantes* un acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio de las víctimas. Al fundamentar la medida, la Corte IDH señaló que esta medida también “contribuirá a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas”, Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 273. La Corte IDH tomó una decisión similar (ordenando al Estado “dar oficialmente el nombre de Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri a un centro educativo de la provincia de El Callao, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas”), y fundada en el mismo argumento de contribuir “a despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y a conservar viva la memoria de las víctimas” en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 236. En igual sentido, la Corte IDH ordenó al Estado, en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*: “construir un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Pueblo Bello, como medida para prevenir que hechos tan graves ocurran en el futuro. Dicho monumento deberá ser instalado en un lugar público apropiado en Pueblo Bello, dentro del año siguiente a la notificación de la presente Sentencia”, Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 278.

miembros de la comunidad indígena o tribal, con la plena participación de la comunidad, y de acuerdo con su derecho, sus usos, valores y tradiciones. La Corte IDH ha ordenado, también, en forma expresa, como medida colectiva de reparación en casos de violación del derecho a la propiedad colectiva: la titulación colectiva de las tierras y la restitución de las mismas al pueblo o comunidad que ha sido víctima de despojo, ordenando, a su vez, que las medidas sean puestas en práctica con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes. Así, por ejemplo, en el *Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte dispuso que, como consecuencia de las violaciones de los derechos que había declarado, el Estado debía:

proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.²³⁶

En el mismo sentido, en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la Corte IDH ordenó como medida de reparación de la Comunidad la titulación colectiva de sus tierras tradicionales. Al respecto, la Corte dijo lo siguiente:

A la luz de sus conclusiones en el capítulo relativo al artículo 21 de la Convención Americana [que consagra el derecho a la propiedad], la Corte dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios. Estas medidas deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.

El Estado deberá tomar estas medidas con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N'djuka y las comunidades indígenas vecinas, incluyendo la comunidad de Alfonsdorp.²³⁷

²³⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 164.

²³⁷ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 209 y 210.

Asimismo, en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH ordenó al Estado:

identificar [el] territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.²³⁸

En este caso, la Corte IDH ordenó también al Estado la creación de un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras que debían entregarse a la Comunidad Yakye Axa.²³⁹ Y, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, ordenó, de igual modo, varias medidas de reparación colectiva relacionadas con la violación del derecho a la propiedad, entre ellas:

delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.²⁴⁰

²³⁸ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 217.

²³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 218.

²⁴⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 196.

La Corte IDH ha reconocido, igualmente, en relación con los pueblos y comunidades indígenas y con los pueblos tribales, que estos pueblos y comunidades poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto, así como sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Ha reconocido, también, que la afectación del territorio ancestral o tradicional de estos pueblos, y la angustia sufrida en las luchas por la defensa de sus derechos sobre sus tierras y territorios, producen en ellos daños y sufrimientos espirituales. En este sentido, la Corte IDH ha reconocido que la violación de los derechos de los pueblos indígenas a su cultura, a sus formas de organización, a su espiritualidad, revisten un carácter colectivo, y, por tanto, el daño sufrido debe ser reparado, además de las medidas de reparación individual, con medidas de reparación colectiva. En el *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte IDH ordenó al Estado, en ese sentido, destinar la cantidad de US\$25.000,00 o su equivalente en moneda nacional, “para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez”.²⁴¹

Asimismo, la Corte IDH ha ordenado medidas de reparación colectiva en favor de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, tendientes a reparar el daño inmaterial sufrido. Así, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte ordenó al Estado “invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.”²⁴² En el mismo sentido, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana estableció varios daños inmateriales que afectaban el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka y dispuso como medida colectiva de reparación que el Estado debía asignar, en equidad, la suma de US\$ 600.000.00 “a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional”, con el objetivo de “financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka.”²⁴³

²⁴¹ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 104.

²⁴² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 167.

²⁴³ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 202 y 203.

En el *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte IDH reconoció, además, que las violaciones cometidas habían afectado no solo a los miembros del Pueblo Maya que vivían en la Comunidad de Plan de Sánchez, sino también a los miembros de otras comunidades. Para reparar los daños materiales e inmateriales sufridos por las varias comunidades, la Corte IDH ordenó una serie de medidas de reparación colectiva, independientes de las obras públicas adelantadas por el Estado. La Corte dijo lo siguiente:

Dado el daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez como a los miembros de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxobabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, por los hechos del presente caso, este Tribunal dispone que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento.²⁴⁴

Con el fin también de reparar daños materiales sufridos por la Comunidad, en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam* la Corte ordenó al Estado la creación de un fondo de desarrollo para la Comunidad, cuyos elementos debían ser determinados por una instancia en la que participan las víctimas, el Estado y un tercero designado por las dos partes. Al respecto, la Corte IDH dijo:

esta Corte estima que Suriname deberá crear un fondo de desarrollo por el monto US\$1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que será destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de cinco años, a contar de la notificación de la presente Sentencia.²⁴⁵

²⁴⁴ Corte IDH, *Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 110.

²⁴⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 214.

Una medida de reparación similar fue ordenada por la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* para reparar, en este caso, el daño inmaterial sufrido por la Comunidad. En este caso, la Corte IDH señaló como medida de reparación tanto la adopción de un programa de desarrollo comunitario concreto como la creación del respectivo fondo. La Corte dispuso lo siguiente:

la Corte, conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, estima pertinente que el Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con los párrafos 215 a 217 de esta Sentencia. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. Además del referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena.²⁴⁶

Ahora, en relación con grupos de personas que han sufrido violaciones de derechos humanos, la Corte IDH ha ordenado, como medida colectiva de reparación, la elaboración y adopción de políticas públicas concretas tendientes a restablecer plenamente los derechos del grupo que ha sufrido las violaciones, y a evitar la repetición de hechos similares. En el *Caso del Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*,²⁴⁷ la Corte señaló lo siguiente:

La Corte considera necesario que, en el plazo de seis meses, las instituciones pertinentes del Estado, en consulta con la sociedad civil, elaboren y definan una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Paraguay. Dicha política de Estado debe ser presentada por altas autoridades del Estado en un acto público en el que, además, se reconozca la responsabilidad internacional del Paraguay en las carencias de las condiciones de detención imperantes en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.

Dicha política de Estado debe contemplar, entre otros aspectos, estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resulten indispensables para que los niños privados de libertad se encuentren separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de

²⁴⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 205.

²⁴⁷ El Instituto de Reeducción del Menor era un centro de reclusión de menores de edad, en el que los jóvenes fueron víctimas de múltiples violaciones de derechos humanos durante un largo periodo de tiempo.

programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad.²⁴⁸

En el *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, la Corte IDH ordenó varias medidas de reparación colectiva, orientadas, en primer lugar, al grupo de niños, niñas y jóvenes víctimas de la desaparición forzada, y, en segundo lugar a todas las víctimas de la desaparición forzada: i) funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil; ii) creación de una página *web* de búsqueda; iii) creación de un sistema de información genética. Igualmente, la Corte IDH ordenó como medida de alcance general la designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno.²⁴⁹

La Corte IDH ha reconocido, igualmente, el carácter colectivo de los daños sufridos por grupos de personas o comunidades (distintas a las comunidades indígenas o étnicas), y ha ordenado medidas colectivas de reparación. En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH dijo, en ese sentido, en relación con las víctimas del desplazamiento forzado: “El Tribunal no determinará una indemnización por concepto de daño inmaterial a favor de las personas que solamente fueron desplazadas de la Granja y El Aro, contenidas en el Anexo IV de la presente Sentencia, toda vez que la Corte considera pertinente otorgar una reparación de carácter colectivo...”. Al respecto, la Corte IDH dispuso varias medidas colectivas de reparación:

²⁴⁸ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 316 y 317. Una medida similar ordenó la Corte IDH en el *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, en relación con las personas privadas de libertad: “el Estado debe asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren, *inter alia*: a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos.” (párr. 146). Si bien se trata de una garantía de no repetición, la medida tenía un efecto directo sobre todo el grupo o colectivo de personas privadas de libertad en las cárceles de Venezuela al momento de dictarse la sentencia, y que padecía las críticas condiciones carcelarias existentes.

²⁴⁹ *Cfr.* Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1º de marzo de 2005, capítulo de reparaciones. La Corte IDH ordenó también, en el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la adopción de medidas de reparación colectiva, tendientes a proteger los niños y niñas dominicanos de ascendencia haitiana y los niños y niñas dominicanos cuyos padres y/o madres proceden a un registro tardío de nacimiento. Al respecto, Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrs. 239 - 241. Ver, igualmente, Corte IDH, *Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, parr. 508, sobre creación de una página electrónica con información de niñas y mujeres desaparecidas.

... En el momento en que los ex habitantes, que no lo han hecho aún, decidan regresar a Ituango, el Estado deberá garantizarles su seguridad, lo cual deberá incluir la supervisión de las condiciones prevaleciente en la forma y término que permitan garantizar dicha seguridad. Si no existieran estas condiciones el Estado deberá disponer de los recursos necesarios y suficientes para procurar que las víctimas de desplazamiento forzado puedan reasentarse en condiciones similares a las que se encontraban antes de los hechos en el lugar que ellas libre y voluntariamente indiquen.

(...)

Dado que algunos de los habitantes de La Granja y El Aro perdieron sus viviendas como consecuencia de los hechos del presente caso (...), este Tribunal considera que el Estado debe implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada²⁵⁰ a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requieran. El Estado debe desarrollar este programa dentro de un plazo que no excederá cinco años, a partir de la notificación de la presente Sentencia.²⁵¹

Con base en estas sentencias de la Corte IDH y en el esquema propuesto en el punto anterior se podría sugerir que las reparaciones colectivas proceden cuando: i) las víctimas son comunidades, pueblos o grupos de personas; o ii) cuando se ha violado la dimensión colectiva de un derecho (de manera directa o como efecto de la violación de la dimensión individual del mismo derecho o de otro derecho); o iii) cuando se busca reparar los efectos colectivos o generalizados producidos por la violación de un derecho; o iv) cuando se busca producir cambios en las instituciones y prácticas de un Estado y de una sociedad; o v) cuando se busca producir cambios en la conciencia colectiva de una sociedad.

Lo que parece existir es, por tanto, un concepto muy amplio de reparación colectiva, que permite definir —por lo menos en el caso de la Corte Interamericana— como medidas colectivas un espectro que va desde las medidas dirigidas a la reparación de sujetos colectivos cuyos derechos han sido violados hasta las medidas dirigidas a impactar en toda una sociedad. En este amplio marco, la superación de las dificultades a las que me referí al inicio de este acápite parece depender del caso concreto, del análisis de las violaciones de derechos ocurridas y de la evaluación de los daños causados por esas violaciones.

Para finalizar, conviene recordar que la reparación colectiva, como dimensión de la reparación integral, puede estar acompañada de medidas de reparación individual o puede acompañar medidas de este carácter. En este sentido, las

²⁵⁰ Cita de la Corte: “Cfr: aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23”.

²⁵¹ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 404 y 407.

medidas de reparación colectiva no reemplazan ni sustituyen las medidas de reparación individual. La identificación de la reparación adecuada (colectiva y/o individual), en un caso concreto, está determinada, entre otros aspectos, por: i) la víctima que sufre el daño; ii) el derecho violado y la naturaleza y gravedad de las violaciones; iii) el tipo de daños o afectaciones sufridos; iv) las circunstancias en las que se produce la violación del derecho y los efectos de esa violación; y iv) la obligación de garantizar que la víctima es reparada por todos los daños sufridos, y que lo es de manera apropiada y proporcionada a las violaciones y al daño.

2.2. El derecho a la propiedad: su protección y su alcance y contenido

Reparar adecuadamente las violaciones del derecho a la propiedad requiere tener una correcta comprensión tanto de las obligaciones del Estado en relación con su respeto y garantía como del contenido del derecho y, ello, a veces, no resulta fácil, entre otras razones, por la complejidad de los elementos que integran ese contenido. Teniendo en cuenta esta dificultad, en este apartado voy a referirme al contenido del derecho, siguiendo fundamentalmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana.²⁵² Voy a hacer referencia, también, a algunas de las medidas de reparación que la Corte IDH ha ordenado en los casos en los que ha declarado la violación de este derecho. Dado que en el apartado anterior mencioné varias de las medidas ordenadas en los casos de los pueblos indígenas y tribales, en este mencionaré especialmente algunas de las ordenadas en otro tipo de casos.

El derecho a la propiedad es un derecho protegido por el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien no es un derecho expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sí es un derecho reconocido en los sistemas regionales de derechos humanos, tanto en los sistemas europeo e interamericano como en el sistema africano. Así, en el sistema europeo de derechos humanos, el derecho a la propiedad está protegido por el Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, que en su artículo 1 establece:

Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad

²⁵² La calidad del sujeto titular del derecho —sujeto individual o colectivo— es otro de los factores que es fundamental tener en cuenta para garantizar una adecuada reparación de las violaciones de este derecho. Al seguir la jurisprudencia de la Corte IDH haré alguna referencia al respecto.

pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

Igualmente, la Carta Europea de Derechos Humanos, establece en su artículo 17:

Derecho a la propiedad. 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio de una justa indemnización. El uso de los bienes podrá regularse en la medida que resulte necesario para el interés general.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la propiedad es uno de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 21 de la Convención prevé:

Derecho a la propiedad privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Por su parte, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos establece en el artículo 14 que el derecho a la propiedad estará garantizado y que “[e]ste solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.” En relación con el derecho de los pueblos a sus recursos naturales y a la propiedad, prevé, asimismo, en el artículo 21, lo siguiente:

1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él.
2. En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada.

3. El derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional.

En su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tutelado el derecho a la propiedad en relación con distintas situaciones, entre ellas, la garantía del disfrute pacífico de las posesiones en casos de bienes inmuebles,²⁵³ la protección del patrimonio en casos relacionados con pagos de salarios ordenados en virtud de sentencias judiciales²⁵⁴ y la protección del patrimonio en relación con el reconocimiento de pensiones de viudedad.²⁵⁵ Igualmente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha protegido el derecho a la propiedad, entre otros, en relación con la confiscación de bienes y propiedades,²⁵⁶ con actos de apropiación ilegítima de bienes y con la afectación del uso de los mismos.²⁵⁷ Me centraré para el análisis del contenido del derecho en el sistema interamericano, y como lo anuncié al inicio me referiré fundamentalmente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Mi intuición es que la Corte IDH ha desarrollado un concepto muy amplio del derecho, que le ha permitido proteger no solo diversas formas de propiedad (entre ellas la propiedad de las personas en su calidad de individuos y la propiedad colectiva y comunal), sino otras formas de uso y disfrute de los bienes, tales como la posesión. Todo esto, en virtud de la interpretación que ha hecho de las disposiciones contenidas en el artículo 21 de la Convención Americana y de los varios criterios de interpretación que ha aplicado para proteger el derecho. Igualmente, la Corte IDH tiene una importante jurisprudencia en materia de reparaciones de las violaciones de este derecho, de la cual carecen los sistemas europeo y africano. Como cité antes, la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada y establece, al respecto, como ha señalado la Corte Interamericana, los siguientes aspectos del derecho:

²⁵³ Ver, por ejemplo, ECHR, *Case of Kunik v. Croatia*, Application no. 22344/02, Judgment, 11 January 2007.

²⁵⁴ Ver, por ejemplo, ECHR, *Case of Rakitin v. Ukraine*, Application no. 7675/04, Judgment, 11 January 2007.

²⁵⁵ Ver, por ejemplo, ECHR, *Case of Gamble v. The United Kingdom*, Application no. 68056/01, Judgment, 9 January 2007.

²⁵⁶ Ver, por ejemplo, Commission Africaine des Droits de L'Homme et des Peuples, *Decisions sur les communications présentées devant la Commission, aux 28^e Session Ordinaire*, Cotonou, novembre 2000, 97/93 John K. Modise c/ Botswana.

²⁵⁷ Ver, por ejemplo, Commission Africaine des Droits de L'Homme et des Peuples, *Decisions sur les communications présentées devant la Commission, 26^eme Session Ordinaire*, Kigali, novembre, 1999, 140/94, 141/94 et 145/95 Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigeria.

a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.²⁵⁸

En relación con la noción de “bienes”, es decir, de aquello a lo que se tiene derecho de uso y goce, la Corte IDH ha dicho, a su vez, que estos pueden ser definidos “como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.”²⁵⁹

Con respecto a los bienes muebles, la Corte IDH ha considerado que la *posesión* de los mismos equivale al título de propiedad y que la misma está amparada por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido que “[e]s generalizada la admisión de que la posesión establece por sí sola una presunción de propiedad a favor del poseedor” y, que, “tratándose de bienes muebles, vale por título.” En esta medida, la Corte IDH “considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes.”²⁶⁰ En este sentido, la Corte IDH ha considerado que el registro de un bien mueble registrable cumple únicamente la función de oponibilidad frente al reclamo de un tercero, pero no establece la propiedad sobre el bien. En el *Caso Tibi vs. Ecuador* dijo, al respecto, lo siguiente:

Por lo que toca al automóvil que conducía el señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de un tercero que pretende tener algún derecho sobre el bien. En el presente caso no consta que persona alguna haya reclamado la propiedad del automóvil que se encontraba en poder del señor Tibi, por lo cual no debería pre-

²⁵⁸ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 120.

²⁵⁹ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 174; *Caso de la Comunidad Maygna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 144; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122. En este caso, la Corte consideró que, conforme a la definición de la noción de “bienes” acogida por ella, se debía tutelar la participación de la víctima en el capital accionario, esto es, sus derechos como accionista, en los siguientes términos: “Del testimonio del señor Ivcher se desprende que en 1985 tenía participación en las acciones de la Empresa y que en 1986 aquella alcanzaba el 49,53% del capital. En 1992 su participación ascendió al 53,95%, siendo así accionista mayoritario de la Compañía. Es evidente que esta participación en el capital accionario era susceptible de valoración y formaba parte del patrimonio de su titular desde el momento de su adquisición; como tal, esa participación constituía un bien sobre el cual el señor Ivcher tenía derecho de uso y goce.” (párr. 23).

²⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 218.

sumirse que no le pertenecía dicho bien. En consecuencia, era procedente respetar la posesión que ejercía.²⁶¹

Igualmente, la Corte Interamericana ha considerado que el derecho a la propiedad, tal y como ha sido definido por ella, protege las obras producto de la creación intelectual de una persona, sobre las cuales el autor adquiere el *derecho a la propiedad intelectual*. Ha dicho al respecto que “dentro del concepto amplio de ‘bienes’ cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre esta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma”.²⁶² Según la Corte IDH, el derecho a la propiedad intelectual comprende, a su vez, aspectos materiales e inmateriales, los que se incorporan al patrimonio de la persona. Entre los primeros están: la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra. Y, entre los segundos, está la autoría de la obra. En el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* dijo, en ese sentido:

La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.²⁶³

La Corte Interamericana ha reconocido también, expresamente, como protegidos por el derecho de propiedad, *los cultivos y el ganado*. En estos casos, la Corte ha reconocido, adicionalmente, la especial relación que la población campesina puede llegar a tener con esta clase de bienes, así como el especial daño que las víctimas pueden sufrir dependiendo de quién sea el autor de la violación de su derecho a la propiedad. En el *Caso de las Masacres de Ituango*, la Corte se pronunció al respecto, diciendo lo siguiente:

La Corte considera oportuno señalar la especial gravedad de la sustracción de ganado de los habitantes de El Aro y áreas aledañas. Tal y como ha sido resaltado por la Comisión y por los representantes, de las características del corregimiento y de las actividades cotidianas de sus habitantes se desprende una estrecha vinculación

²⁶¹ Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 219.

²⁶² Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 102.

²⁶³ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 103.

entre éstos y el ganado, dado que el principal medio de subsistencia para esa población consistía en el cultivo de la tierra y la crianza del ganado. En efecto, el daño sufrido por las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, es de especial magnitud. Más allá de la pérdida de su principal fuente de ingresos y de alimento, la manera en la que el ganado fue sustraído con la colaboración explícita e implícita por parte de miembros del Ejército, elevó el sentimiento de impotencia y vulnerabilidad de los pobladores.²⁶⁴

Para concretar el contenido del derecho, la Corte Interamericana ha considerado, además, que el artículo 21 de la Convención Americana debe interpretarse en concordancia con el artículo 29.b de la misma Convención, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, de manera tal que protege todos los derechos al uso y goce de bienes que estén tutelados no solo por la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano, sino también por el derecho interno de los Estados del sistema. Así, en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH protegió el derecho de las víctimas a la *pensión de cesantía* y a un valor determinado de las cesantías, como protección de un derecho adquirido según el derecho interno del Perú, que se había incorporado a sus patrimonios y que, por tanto, estaba protegido por el derecho a la propiedad, en los siguientes términos:

Hay que tener presente lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes...”.

En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29. b) de la Convención —el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. *En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de*

²⁶⁴ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1° de julio de 2006, párr. 178.

*propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.*²⁶⁵ (Cursiva añadidas).

Usando estos mismos criterios de interpretación y aplicando el principio de interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte Interamericana protegió, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, el derecho a la propiedad colectiva o comunal de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, incluido en el derecho la posesión de las tierras, la que debería bastar, según la Corte IDH, para que las comunidades obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Así, la Corte IDH consideró:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, *esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.*²⁶⁶ (Cursiva añadidas).

Un criterio de interpretación más comprehensivo, y más protector del derecho de propiedad, en el que la Corte Interamericana aplicó no solo el principio establecido en el artículo 29.b de la Convención Americana y el principio del sentido dinámico y vivo de los tratados de derechos humanos, sino también los principios de conexión de un tratado con instrumentos internacionales relacionados con el mismo y de sentido del tratado conforme al sistema en el cual se inscribe, fue usado por la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, en el *Caso de la Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay* y en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, para proteger tanto el derecho a la propiedad y posesión colectiva de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus tierras como *el vínculo que estos pueblos y comunidades tienen con sus territorios tradicionales y con los recursos (del suelo y del subsuelo) y elementos incorporales* que allí se encuentran. En este sentido, la Corte IDH señaló en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, en forma bastante clara y detallada, lo siguiente:

Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales

²⁶⁵ Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, párrs. 101 - 103.

²⁶⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148. En igual sentido, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 131 y 133.

y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

(...)

Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana...²⁶⁷

Asimismo, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 21 de la Convención Americana a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señaló:

El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.²⁶⁸

²⁶⁷ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 118, 120 y 121.

²⁶⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 95

En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte Interamericana aplicó un criterio similar de interpretación, incorporando, en este caso, las normas del derecho internacional humanitario:

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado, de conformidad con el artículo 29 del mismo instrumento, utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario. Colombia ratificó los Convenios de Ginebra el 8 de noviembre de 1961. El 14 de agosto de 1995 se adhirió a las disposiciones del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra.²⁶⁹

En este caso, la Corte consideró, además, que dada la forma en que se había producido la violación del derecho a la propiedad, y la afectación que la violación había causado a las víctimas, esa violación revestía una especial gravedad:

La Corte quiere asimismo evidenciar que el derecho a la propiedad privada es un derecho humano cuya vulneración en el presente caso es de especial gravedad. En este sentido la Corte Constitucional colombiana ha establecido que “la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”.

Este Tribunal también considera que la quema de las viviendas de El Aro constituye una grave vulneración de un bien indispensable para la población. El propósito de la quema y destrucción de los hogares de los pobladores de El Aro era instituir terror y causar el desplazamiento de éstos, para así obtener una victoria territorial en la lucha en contra de la guerrilla en Colombia (...). Por tales motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no solo de bienes materiales, sino de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.²⁷⁰

Finalmente, la Corte IDH ha considerado que para evaluar si el derecho a la propiedad ha sido violado, ella “no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además

²⁶⁹ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 179.

²⁷⁰ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 181 y 182.

comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada.”²⁷¹ En este sentido, toda privación legítima del derecho ajustada a la Convención Americana debe respetar el test previsto en el artículo 21 de la Convención, esto es: i) debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social; ii) debe estar sujeta al pago de una justa indemnización; iii) debe limitarse a los casos previstos en la ley; y iv) debe practicarse según las formas establecidas por la ley. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, la Corte IDH ha establecido un test más estricto. Así, ha señalado que “cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.”²⁷²

Ahora bien, en relación con las medidas de reparación, cuando las anteriores condiciones no han sido respetadas por los Estados, y la Corte IDH ha encontrado una violación del derecho de propiedad privada, ella ha ordenado al Estado respectivo, como medida de reparación, facilitar las condiciones para que la víctima recupere el uso y goce de sus derechos²⁷³ o proceder a la restitución de los bienes de cuya posesión se ha privado a la víctima²⁷⁴ o, cuando esto no es posible, a una indemnización en compensación de los bienes que no pueden ser devueltos o restituidos.²⁷⁵ Esto es, la Corte IDH ha ordenado, fundamentalmente, medidas de restitución y solo cuando ello no es posible, ha ordenado medidas compensatorias. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, las medidas de reparación ordenadas por la Corte, en relación con la violación del derecho de propiedad, han estado dirigidas, fundamentalmente y dependiendo del tipo de violación, a la identificación del territorio tradicional y a la recuperación y entrega del mismo o a delimitar, demarcar y otorgar el título colectivo del territorio de los miembros del respectivo pueblo o comunidad. En los casos en los que por motivos “objetivos y fundamentales” la reivindicación del territorio ancestral no fuese posible, la Corte ha ordenado a los Estados entregar a los pueblos o comunidades tierras alternativas, de igual

²⁷¹ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 124.

²⁷² Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 138.

²⁷³ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 181.

²⁷⁴ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 237.

²⁷⁵ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 237.

calidad y en extensión suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de sus formas de vida.²⁷⁶

En casos como el de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, en donde la violación del derecho a la propiedad se materializó en la destrucción de las viviendas y en la destrucción y apropiación ilegítima de bienes muebles, la Corte IDH ordenó al Estado implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requieran.²⁷⁷ En este caso, la Corte ordenó también al Estado el pago de una indemnización compensatoria, sustitutiva de la medida de restitución, a favor de las víctimas que perdieron sus ganados.²⁷⁸

Asimismo, cuando la Corte Interamericana ha encontrado que la privación del derecho a la propiedad ha causado sufrimientos a las víctimas, debido, por ejemplo, a que se les disminuyó la calidad de vida al privárseles arbitrariamente del derecho, la Corte ha ordenado, además de las medidas de restitución del derecho, la reparación del daño inmaterial ocasionado, mediante una indemnización compensatoria.²⁷⁹

3. El derecho a la reparación en el marco de la justicia transicional

En los procesos de justicia transicional entran a operar (o se espera que entren a operar) los mecanismos propios de esta forma de justicia. Hemos visto ya, en el capítulo anterior, que, para garantizar el conocimiento de la verdad, la justicia transicional promueve el establecimiento de comisiones de investigación, entre ellas las comisiones de la verdad, o las comisiones de la verdad y la justicia, o las comisiones de verdad y reconciliación, entre otras formas adoptadas por este tipo de comisiones. Vimos también que este mecanismo de esclarecimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario cometidas en el pasado cuenta hoy con un alto reconocimiento de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos e, igualmente, de los organismos políticos de las Naciones Unidas y de la OEA. Asimismo, para garantizar la justicia, la justicia transicional ha

²⁷⁶ El estándar de “motivos objetivos y fundamentales” es muy estricto. Los Estados no pueden alegar cualquier tipo de razones para negar la restitución del territorio ancestral y proceder a entregar tierras alternativas. Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 135 - 140.

²⁷⁷ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2004, párr. 407.

²⁷⁸ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2004, párr. 374.

²⁷⁹ Ver, al respecto, Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 180.

promovido, fundamentalmente, como mecanismos, los tribunales o cortes penales internacionales,²⁸⁰ así como los tribunales mixtos o híbridos²⁸¹ y las secciones especiales de justicia o salas especiales en los tribunales o cortes nacionales.²⁸²

En relación con la reparación, la justicia transicional ha promovido, en particular, el mecanismo de los programas de reparación.²⁸³ En relación con este mecanismo de reparaciones, los Principios contra la Impunidad contemplan, expresamente, que los Estados pueden proporcionar reparaciones, dirigidas tanto a individuos como a comunidades, mediante programas de reparación, con base en medidas legislativas o en medidas administrativas.²⁸⁴

Las consideraciones que se han tenido en cuenta para promover este tipo de programas hacen énfasis en el carácter sistemático y generalizado de las violaciones de derechos cometidas en el pasado, en la gravedad de esas violaciones, en el amplio número de víctimas que deben ser reparadas y en las varias violaciones de derechos que una misma víctima pudo haber sufrido. Así, en el *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, se señala, entre otras cuestiones, las siguientes:

... en especial en situaciones de justicia de transición en que las sociedades nacionales tratan de reparar graves daños y perjuicios infligidos como resultado de violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación moral y política de adoptar medidas reparadoras generales y de introducir programas detallados que ofrezcan reparación a categorías más amplias de víctimas afectadas por las violaciones. De igual modo, se espera que los Estados inicien programas y proyectos estructurales orientados al cese y la no repetición de hechos y condiciones inherentes a las violaciones manifiestas y sistemáticas que se produjeron.²⁸⁵

Igualmente, se ha considerado que un programa de reparaciones es un mecanismo apropiado para garantizar un trato igual a todas las víctimas, y, en esa medida,

²⁸⁰ El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1945-1946); el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1946-1948); el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993); y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

²⁸¹ Entre ellos, el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002).

²⁸² Entre ellos, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina, creada en los Acuerdos de Dayton y que funcionó hasta 2003.

²⁸³ Para un interesante y amplio estudio de varias experiencias de reparación en países en contextos de justicia de transición, puede verse: Pablo de Greiff (ed.) (2006).

²⁸⁴ Cfr. Principios contra la Impunidad, principio 32. Puede verse también, CIDH, *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*, OEA/Ser/L/V/II.131, 19 febrero 2008.

²⁸⁵ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 7.

para garantizar un trato justo.²⁸⁶ En este sentido, el *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones* señala:

[e]s más probable que diferentes categorías de víctimas sean tratadas justamente si se diseña un programa general que si su suerte se deja a los caprichos de los miles de factores, incluida la influencia política, que pueden determinar el resultado de las distintas luchas legislativas a lo largo de un período. El hecho de que haya categorías enteras de víctimas que tendrán que seguir luchando para obtener lo que jurídicamente se les debe, mientras otras obtienen sus beneficios no sólo es injusto para aquéllas sino que menoscaba la legitimidad de los esfuerzos de reparación, socava su contribución a la estabilidad política y la confianza que las reparaciones en general pueden dar a los ciudadanos, y garantiza sólo que la cuestión permanecerá en el programa político durante mucho tiempo.²⁸⁷

Ahora bien, en la medida en que los programas de reparación buscan satisfacer el reclamo de reparación de un número alto de víctimas y atender un número también importante de graves violaciones de derechos humanos, la doctrina sobre este mecanismo de reparación ha considerado que los estándares que lo rigen deben ser diferentes, en algunos aspectos, a los estándares que rigen la satisfacción del derecho a la reparación integral. En particular, se ha considerado que un programa de reparaciones, si bien puede (y tal vez debe) contemplar un amplio conjunto de formas de reparación —de acuerdo con las formas de reparación reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos—,²⁸⁸

²⁸⁶ Es importante tener presente que los programas de reparación no son incompatibles, en un contexto de justicia transicional, con la reclamación de las reparaciones por vía judicial. Existen, sí, principios que regulan la relación entre los dos mecanismos, como el principio de complementariedad, o el principio de que nadie podrá obtener beneficios dos veces por la misma violación. Al respecto, entre otros, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, pp. 36 - 38.

²⁸⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 13. Se aduce también, en ese sentido, que un programa de reparaciones permite llegar a más víctimas “por un costo general análogo”. Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 28.

²⁸⁸ Esta característica de los programas de reparación se denomina “complejidad”, definida como: “la combinación de diferentes clases de beneficios. Un programa de reparaciones es más complejo si distribuye beneficios de tipos más diversos y de formas más diversas que otros programas alternativos.” Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 22. Se considera, asimismo: “Los programas que combinan diversos beneficios que van de lo material a lo simbólico, y distribuidos tanto individual como colectivamente, pueden abarcar una parte más amplia del universo de víctimas que los programas que se concentran sólo en la distribución de beneficios materiales y, por consiguiente, ser programas más complejos. Como las víctimas de diferentes categorías de violaciones no tienen que recibir exactamente la misma clase de beneficios, disponer de una diversidad más amplia de éstos significa llegar a más víctimas. Lo que es igualmente importante, esta diversidad más amplia de beneficios permite responder mejor a los

no puede operar con base en el estándar de proporcionalidad de la reparación. De acuerdo con la doctrina, la masividad de los programas de reparación y su vocación de tratar de atender el mayor número posible de víctimas los alejan de la posibilidad de reparar a cada víctima en proporción a los daños sufridos. Se ha considerado, al respecto, que el cumplimiento de este estándar corresponde a las decisiones judiciales que tienen la posibilidad de evaluar la situación de cada víctima concreta y no a los programas de reparación, que, por sus características, carecen de esa posibilidad. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sugerido que el estándar de proporcionalidad sea sustituido en los programas de reparación por el estándar de “una reparación justa y adecuada”,²⁸⁹ ofreciendo una interpretación amplia y compleja de la noción de justicia, que incorpora: el reconocimiento a las víctimas, “contribuyendo así a la recuperación plena de su dignidad”;²⁹⁰ y la contribución al fomento de la confianza entre las personas, especialmente, “entre los ciudadanos y las instituciones públicas.”²⁹¹

Estas últimas consideraciones, siendo plausibles, generan, sin embargo, desde los estándares internacionales que articulan la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la reparación integral, varias preguntas. Solamente voy a sugerir una: ¿Puede la justicia transicional reducir los estándares internacionales de protección de un derecho? La sustitución del estándar de proporcionalidad por el estándar de reparación justa y adecuada modifica sustancialmente un

diferentes tipos de daños que puede producir una violación determinada, haciendo más probable que, hasta cierto punto, pueda repararse el daño causado.” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 23).

²⁸⁹ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 30.

²⁹⁰ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 31. Al respecto, la OACNUDH señala: “El punto esencial es que los beneficios del programa no tienen por objeto consolidar la condición de las víctimas *como tales víctimas*, sino *como ciudadanos*, como titulares de derechos iguales a los de los demás ciudadanos. Los beneficios se convierten en una forma de indemnización simbólica o nominal por el hecho de que se violaron derechos que debían proteger la integridad básica, las posibilidades y los intereses de los ciudadanos. Es la violación de los derechos humanos la que motiva la aplicación de medidas de indemnización. Y es precisamente porque los beneficios se conceden en reconocimiento de los derechos (violados) de los ciudadanos por lo que ese objetivo general se relaciona con la justicia. La justicia en una sociedad que se rige por el estado de derecho es una relación entre ciudadanos, es decir, entre titulares de derechos iguales.” (p. 31).

²⁹¹ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumento del Estado de derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008, p. 32. La OACNUDH señala al respecto, entre otras cuestiones, que “[l]o que importa es que un programa de reparaciones bien organizado es el que indica a las víctimas y otras personas que el nuevo gobierno toma muy en serio los abusos pasados y está decidido a contribuir a la calidad de vida de los sobrevivientes.” (p. 32).

elemento esencial de la reparación integral. Como recordé en el primer acápite de este capítulo, el alcance de la reparación integral hace referencia —en el derecho internacional de los derechos humanos— a una *reparación justa, adecuada y proporcional* a la naturaleza y gravedad de la violación cometida, a la gravedad de las circunstancias en que se produjo la violación del derecho y al daño sufrido por la víctima, en sus distintas facetas. Podría argumentarse al respecto que la necesidad de atender la reparación del universo más amplio posible de víctimas, en un contexto de transición y, muy seguramente, de recursos escasos, justifica —como lo sugiere la Oficina del Alto Comisionado— una renuncia de algunos estándares (o su sustitución por otros más manejables en el contexto transicional). Si este es el argumento, creo que habría que aceptar expresamente que se están *sacrificando* algunos derechos o algún derecho de las víctimas en aras de garantizar que, en la perspectiva ideal, *todas* las víctimas reciben una reparación. Sin embargo, las respuestas de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, como la Corte Interamericana, no parecen asumir el argumento ni llegar a esta conclusión.

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, por ejemplo, la Corte IDH, si bien hizo una valoración positiva de los programas de reparación adoptados en Chile para reparar las violaciones de derechos cometidas durante el período de la dictadura militar, reiteró plenamente, en relación con las víctimas del caso, su jurisprudencia en materia de reparaciones, y, en esa medida, procedió a evaluar —como lo ha hecho en relación con otros Estados que han otorgado medidas de reparación a las víctimas antes de llegar a la Corte o durante el trámite del caso en la Corte— si las medidas de reparación otorgadas por el Estado chileno a las víctimas satisfacían o no los estándares de la reparación integral, con respecto a *las violaciones de derechos* declaradas en la sentencia y de *los daños* sufridos por las víctimas a raíz de dichas violaciones.²⁹² Es decir, la Corte IDH no estableció, en este caso, un tratamiento diferente del derecho a la reparación, ni dispensó al Estado de Chile de la obligación de garantizar una reparación integral a las víctimas.

En un escenario diferente, pero que también incorporó en la decisión las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia consideró, en la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, que el Estado de Israel debía cumplir con la reparación integral de los daños sufridos por las personas naturales y las personas jurídicas. Al respecto, La Corte Internacional de Justicia citó la decisión de la

²⁹² Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 134 - 139. Sobre la reafirmación del principio de proporcionalidad puede verse, entre otras, caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2005, parr. 451.

Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso *Factory at Chorzów*, y, en consecuencia, dijo:

Israel tiene la obligación de devolver las tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles de los que haya despojado a cualesquiera personas físicas o jurídicas a los efectos de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. En caso de que tal restitución resultase ser materialmente imposible, Israel tiene la obligación de compensar a las personas en cuestión por los daños sufridos. La Corte considera que Israel también tiene la obligación de compensar, de conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional, a todas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro.²⁹³

Es decir, tampoco en este caso —con un muy elevado número de víctimas de graves violaciones de derechos humanos— fueron modificados, por una corte internacional, los estándares que articulan la obligación internacional que tienen los Estados de garantizar la reparación integral por hechos ilícitos internacionales.

El Caso *İçyer v. Turkey*, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos, en sentencia de 12 de enero de 2006, podría sugerir, sin embargo, que las decisiones de las cortes internacionales, en esta materia, no son homogéneas. En este caso, la Corte Europea declaró inadmisible la reclamación, por considerar que la Ley de Compensaciones por pérdidas sufridas a causa del Terrorismo y de la Lucha contra el Terrorismo, aprobada por Turquía el 27 de julio de 2004, establecía un recurso para reclamar reparaciones que era efectivo y accesible y que, por tanto, se ajustaba a los requerimientos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.²⁹⁴ Ahora bien, una lectura cuidadosa de la decisión aclara que la Corte no se pronunció, en el caso concreto, sobre la garantía efectiva del derecho a ser reparado que reclamaba la víctima, sino sobre la existencia de un recurso interno que, en principio, era efectivo y estaba disponible para garantizar el derecho, y, que, por tanto, debía ser previamente agotado por la víctima antes de iniciar una

²⁹³ ICJ, *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, A/ES-10/273, párr. 153.

²⁹⁴ Cfr. ECHR, *İçyer v. Turkey Case*, no. 18888/02, decision of 12 January 2006. En este caso, la ECHR señaló lo siguiente: “As regards the effectiveness of the remedy in question, the Court noted that the compensation commissions seemed to be operational in 76 provinces, including Tunceli and Diyarbakır, which could be considered the epicentre of the internal displacement phenomenon, and that there were already 170,000 people seeking a remedy before the commissions. It could also be seen, from a substantial number of sample decisions furnished by the Turkish Government, that those who had sustained damage in cases of denial of access to property, damage to their property or death or injury could successfully claim compensation by using the remedy offered by the Compensation Law. Those decisions demonstrated that the remedy in question was available not only in theory but also in practice.”

reclamación ante la Corte, conforme a un principio consolidado del derecho internacional y de la propia jurisprudencia de la Corte Europea.²⁹⁵ Es decir, no hubo en esta decisión una modificación del estándar de reparación que ha sido adoptado por la Corte Europea en su muy larga tradición jurisprudencial. En este caso, conviene asimismo tener en cuenta que la Ley de Compensaciones por pérdidas sufridas a causa del Terrorismo y de la Lucha contra el Terrorismo fue aprobada por el Estado de Turquía en cumplimiento de una decisión anterior de la Corte Europea,²⁹⁶ y, en ese sentido, la Corte estaba valorando, también, en esta sentencia, el cumplimiento que el Estado venía haciendo de sus decisiones.

Podría entonces decirse que al igual que sucede con los derechos a la verdad y a la justicia, el derecho a la reparación, en contextos de justicia transicional, está también regido por los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y que, por tanto, corresponde a la justicia transicional buscar ajustar sus mecanismos a estos estándares, sin olvidar que en el derecho internacional de los derechos humanos rige siempre, en relación con la aplicación e interpretación de las normas, el principio *pro persona* o *pro homine*.

²⁹⁵ Al respecto, puede verse: ECHR, *Key case-law issues, Exhaustion of domestic remedies*, updated 18/04/2006.

²⁹⁶ ECHR, *Doğan and Others Case*, nos. 8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, judgment of 29 June 2004.



CAPÍTULO 4



VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES Y DESPLAZAMIENTO FORZADO DE PERSONAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los capítulos anteriores hice referencia a algunos de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que definen los marcos de protección de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y traté de ahondar un poco en la relación que existe entre estos marcos de protección y la llamada justicia transicional o justicia de transición. En este capítulo deseo hacer una aproximación, desde el derecho internacional de los derechos humanos, a dos situaciones concretas: la violencia sexual de la que son víctimas las mujeres en un contexto de conflicto armado y el desplazamiento forzado interno de personas. He escogido estas dos situaciones por varias razones. Creo, en primer lugar, que el hecho de la violencia sexual en los conflictos armados es un hecho de extrema gravedad. A pesar de ello, considero que siguen existiendo, en muchas sociedades, fuertes barreras sociales e institucionales que impiden o dificultan afrontarlo y tratarlo en forma adecuada. Creo, también, que las víctimas de estos hechos continúan, en una mayoría preocupante, sometidas al silencio o invisibilizadas. En relación con el segundo caso, creo que el desplazamiento forzado de personas es uno de los hechos que más daños produce en un ser humano. Es un hecho que tiene la potencia de destruir radicalmente la identidad y los proyectos de vida de una persona. Sin embargo, pareciera, a veces, que los Estados y las sociedades no logran tomar conciencia de lo que esto significa. En nuestro caso particular, el de Colombia, estas dos situaciones están presentes y lo están en dimensiones que son, a la vez, preocupantes y dolorosas. Es por ello que he considerado pertinente abordarlas

en este capítulo, aprovechando, además, que son situaciones sobre las que he reflexionado y con respecto a las cuales he producido algunos escritos. Esta elección no desconoce, en ningún momento, la gravedad de otras dolorosas realidades, como lo es, por ejemplo, la de la desaparición forzada de personas. Reconozco que tengo, en relación con ellas, la deuda de la escritura.²⁹⁷

Abordaré los dos temas propuestos de la siguiente forma: en el primer caso deseo centrarme en la violencia sexual cometida contra las mujeres en un contexto de conflicto armado como el vivido por Colombia, mostrando cuáles son las obligaciones de protección y garantía que los Estados tienen, y cómo deberían responder para garantizarles a ellas un adecuado acceso a la justicia. Al igual que en los capítulos anteriores, me interesa también explorar cómo se cumplirían estas obligaciones en un contexto de justicia de transición (1). En el segundo caso, teniendo como trasfondo las millones de víctimas del desplazamiento forzado que tiene Colombia,²⁹⁸ me interesa profundizar en los daños que sufren las víctimas del desplazamiento forzado y señalar algunos de los criterios de deberían ser tenidos en cuenta para garantizarles una adecuada, justa y proporcional reparación (2).

1. Una aproximación a la respuesta dada desde el derecho internacional de los derechos humanos, a la violencia sexual contra las mujeres en los contextos de conflicto armado y en un contexto de justicia de transición²⁹⁹

La violencia sexual “perpetúa el estereotipo de los roles de género que niega la dignidad humana, la autodeterminación de la persona y obstaculiza el desarrollo”.³⁰⁰ La violencia sexual es, además, en sí misma, una grave violación de derechos humanos, que se incrementa y agrava aún más cuando

²⁹⁷ Debo agradecer a Camila de Gamboa, Ethel Castellanos, Andrés Molina, Camilo Castillo, Laly Peralta y Jorge Luis Lázaro el haberme sugerido hacer estas aclaraciones iniciales.

²⁹⁸ Sobre la situación de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia se puede ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004 y los respectivos autos de seguimiento a su cumplimiento. Se pueden ver, también, los informes de la Comisión de seguimiento a la política pública sobre el desplazamiento forzado, disponibles en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52; y para una actualización de la situación pueden consultarse los boletines de CODHES en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=35&Itemid=50.

²⁹⁹ Este acápite tiene como base las ponencias presentadas en el *Conversatorio internacional sobre estrategias legales para afrontar la violencia sexual hacia las mujeres en el marco del conflicto armado*, convocado por la Consejería de Proyectos, Bogotá, 21 de agosto de 2007; y en el *Seminario internacional Reparaciones en perspectiva de género en casos de violaciones de derechos humanos*, Universidad del Rosario-ICTJ-DeJusticia, Bogotá, 27, 28 y 29 de marzo de 2007.

³⁰⁰ ACNUR, *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y retornadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, mayo de 2003. Sobre la violencia contra la mujer como expresión de las desigualdades históricas entre hombres y mujeres, ver: Naciones

se comete en ciertos contextos, y bajo ciertas circunstancias. Como ha dicho ACNUR, “la violencia sexual y por motivos de género prevalece principalmente en ambientes en donde hay una falta de respeto generalizado por los derechos humanos”.³⁰¹

Creo, al respecto, que la violencia sexual contra las mujeres tiene que ver, en un sentido estructural, con la manera en que interpretamos, intervenimos e incidimos en las instituciones sociales y políticas, esto es, siguiendo en ello a J. Rawls,³⁰² en los sistemas de reglas y de prácticas que guían y conforman las acciones, las actitudes, las disposiciones y los sentimientos de las personas y de las comunidades en relación con las mujeres, sus derechos y el reconocimiento y ejercicio de los mismos. Es desde esta aproximación que deseo abordar el tema propuesto en este acápite. Para ello, me referiré a tres cuestiones: la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos (i); el cambio de comportamientos, actitudes y disposiciones en un contexto de conflicto armado (ii); y la garantía efectiva de acceso de las mujeres a los recursos judiciales, en particular, a los procesos penales en contextos de justicia transicional (iii). Abordaré estas cuestiones desde el derecho internacional de los derechos humanos. Creo que una aproximación a este tema desde los estándares internacionales de derechos humanos tiene la ventaja de aprovechar la enorme potencia que tiene el lenguaje de los derechos humanos —en su lógica de articulación de principios universales y de continuo crecimiento del sistema de derechos humanos— así como la conexión que hoy existe entre el sistema internacional (universal y regional(es)) de derechos humanos³⁰³ y otros sistemas normativos de derecho, como el derecho internacional humanitario, el derecho de refugio, y el derecho penal internacional, particularmente relevante para este tema. Esta aproximación tiene otra ventaja: nos obliga a pensar en las mujeres víctimas de violaciones de sus derechos como sujetos de derechos humanos.

Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Informe preliminar, E/CN.4/1995, 42, 22 de noviembre de 1994.

³⁰¹ ACNUR, *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y retornadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, mayo de 2003.

³⁰² Cfr. John Rawls (1999, p. 104). Según J. Rawls, una institución es “un sistema de reglas públicamente reconocidas con arreglo a las cuales generalmente se actúa y que al definir cargos y posiciones, derechos y deberes, da a la actividad política y social su forma y estructura”.

³⁰³ Entendiendo el sistema como todo el conjunto de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de decisiones de los distintos órganos internacionales de protección de estos derechos.

1.1. Obligación del Estado de garantizar los derechos

La existencia de un marco normativo preciso de obligaciones internacionales del Estado y de derechos de las mujeres es una herramienta especialmente favorable para abordar el tema de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado, porque permite tratar la violencia sexual como una cuestión de derechos y en relación con los derechos y libertades de los que son titulares las mujeres —tal y como lo ha orientado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.³⁰⁴ Desde esta aproximación normativa se pueden identificar, también, algunas medidas y mecanismos esenciales que contribuyan a superar los obstáculos con los que se enfrenta el tratamiento del tema.

Conforme al derecho internacional, las mujeres tienen un derecho humano a una vida libre de violencia y discriminación, en general,³⁰⁵ y para el tema de este capítulo, tienen un derecho humano a una vida libre de violencia sexual.³⁰⁶ En relación con este derecho, los Estados tienen obligaciones tanto generales como específicas.³⁰⁷ Me interesa, en particular, la obligación que los Estados tienen de *garantizar* el libre y pleno ejercicio del derecho. Para referirme a esta obligación voy a tener en cuenta, especialmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la doctrina de la CIDH y de la Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, a la que he hecho referencia en los capítulos anteriores, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos implica, para los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el deber “de organizar

³⁰⁴ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 4.

³⁰⁵ Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Resolución 34/1980, de 18 de diciembre de 1979; OEA, Asamblea General, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, del 9 de junio de 1994; Naciones Unidas, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, Beijing 4 - 15 de septiembre de 1995, New York, 1996, A/CONF.177/20/Rev.1.

³⁰⁶ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, artículo 2: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”.

³⁰⁷ Conviene recordar, como se vio en el capítulo 2, que estas obligaciones son vinculantes para todas las ramas del Estado y todos los órganos del gobierno. Además de las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos ya citadas, puede verse también, entre otras, Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bahrein, CEDAW /C/BHR/CO/2, 14 de noviembre de 2008, párr. 11; Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Uruguay, CEDAW /C/URY/CO/7, 14 de noviembre de 2008, párr. 9; y Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bélgica, CEDAW /C/BEL/CO/6, 7 de noviembre de 2008, párr. 12.

todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” para lograr ese fin. Como consecuencia de esta obligación, los Estados tienen el deber de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”³⁰⁸ Conviene recordar, también, que la Corte Interamericana ha señalado, además, en relación con esta obligación, que la misma “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³⁰⁹

¿Cómo entender esta obligación general de garantizar los derechos que tiene el Estado con respecto al derecho de las mujeres a no padecer violencia sexual en el contexto de un conflicto armado?

En primer lugar, como una obligación que impone al Estado deberes muy precisos, que trazan, por así decirlo, una ruta de protección del derecho: i) prevenir; ii) investigar; iii) sancionar; iv) restablecer el derecho, en caso de su violación y cuando ello es posible; y v) reparar los daños sufridos por la víctima. En segundo lugar, como una obligación que impone al Estado la necesidad de una *conducta gubernamental* que asegure que los deberes de prevenir, investigar, sancionar, restablecer y reparar, se cumplen de tal manera de garantizar, en la realidad, el ejercicio pleno del derecho. En tercer lugar, teniendo claridad en que estos deberes generales del Estado no se suspenden ni amortiguan, en ningún momento, en el contexto del conflicto armado. Y, en cuarto lugar, teniendo claridad también en que en este contexto la obligación general de garantizar el derecho, como un derecho humano, se complementa, adicionalmente, con las disposiciones del derecho internacional humanitario y con las obligaciones específicas que emergen de la situación de exposición, vulnerabilidad e indefensión particular en la que son colocadas las mujeres en ese contexto (por ejemplo, para el caso colombiano, la situación de las muchas mujeres trabajadoras sexuales que son víctimas, en regiones de Colombia como el Putumayo, de esclavitud sexual y otras formas de servicios forzados, y de la grave vulneración de muchos de sus derechos). Al respecto, es particularmente relevante recordar que la Corte Interamericana, en dos de los casos decididos sobre Colombia, *la Masacre de Mapiripán* y *las Masacres de Ituango*, ha reconocido la *vulnerabilidad acen-*

³⁰⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

³⁰⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

tuada en la que se encuentran las mujeres colocadas en ciertas situaciones en el contexto del conflicto armado (como la de ser víctimas de desplazamiento forzado, por ejemplo). En estos dos casos, la Corte IDH hizo precisiones muy importantes en relación con las obligaciones específicas del Estado y con la aplicación, en Colombia, del derecho internacional humanitario. Entre otras cuestiones, la Corte se refirió a las siguientes:

- En relación con la aplicación de las disposiciones del derecho internacional humanitario: al interpretar varios de los derechos protegidos por la Convención Americana (como los derechos de los niños y las niñas,³¹⁰ el derecho a circulación y residencia —y, en este derecho, el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro del Estado—,³¹¹ y el derecho a la propiedad³¹²), la Corte Interamericana consideró que, dada la situación del conflicto armado interno en Colombia, resulta necesario analizar los hechos que configuran violaciones de esos derechos, también a la luz del derecho internacional humanitario, y, particularmente, a la luz de las regulaciones sobre los respectivos derechos contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949. Podría entenderse, conforme a esta jurisprudencia de la Corte Interamericana, que los hechos que violan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, y, en particular, libre de violencia sexual, debe ser analizada, en el contexto de un conflicto armado, entre otras normas, a la luz del derecho internacional humanitario (entendiendo que forman parte del DIH las interpretaciones autorizadas que se hacen de sus normas).
- En relación con las obligaciones especiales: la Corte IDH dijo que mientras subsista el riesgo creado por el Estado colombiano al propiciar la creación de las autodefensas, esta situación “acentúa los deberes especiales de *prevención* y *protección* a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la *obligación de investigar con toda diligencia* actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil” (resaltado fuera de texto).³¹³
- También en relación con las obligaciones especiales: la Corte Interamericana fue mucho más precisa en señalar que en situaciones de violencia sistemática y de graves violaciones de los derechos, en una zona de conflicto, “*los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección* a cargo del Estado se ven acentuados y revestidos de importancia cardinal en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención” (resaltado añadido).³¹⁴

³¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso de “La Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 153.

³¹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de “La Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 172; *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 208 y 209.

³¹² Cfr. Corte IDH, *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 179 y 180.

³¹³ Corte IDH, *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 134.

³¹⁴ Corte IDH, *Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 137.

Por tanto, abordar el tema de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado —desde una perspectiva de integralidad (como la que ha sido orientada por la CIDH)—³¹⁵ requiere considerar, cuando menos, los deberes que el Estado tiene no solo de atender adecuadamente el hecho de violencia cuando ya se ha producido, sino, de un modo fundamental, los deberes que el Estado tiene —como garante de los derechos de las personas que están bajo su jurisdicción— de evitar que ese hecho se produzca.

En esta perspectiva, deseo hacer énfasis, en este primer acápite, en el *deber de prevenir y proteger* y en el *deber de investigar*. Más adelante, haré referencia al deber de reparar, y, particularmente, al deber de adoptar medidas que eviten la repetición de los hechos que configuran violaciones de los derechos.

Tanto el *deber de prevenir* como el *deber de proteger*, establecen para el Estado obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos en toda circunstancia y con respecto a toda persona —incluidos terceros particulares—. En el caso particular de las mujeres, la Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, ha recordado: i) que los deberes de prevención y protección son deberes que los Estados tienen bajo la obligación de diligencia; ii) que, por tanto, el estándar de debida diligencia no solo se predica del deber de investigar, sino también —y de forma fundamental— de los deberes de protección y prevención;³¹⁶ y iii) que los deberes de prevención y protección que tiene el Estado se predicen no solo en relación con actos de agentes del Estado, sino también en relación con las acciones de agentes no estatales.³¹⁷

Lo anterior es especialmente relevante cuando enfrentamos un contexto como el del conflicto armado colombiano,³¹⁸ en el que la vulneración de los derechos puede provenir no solo directamente de agentes del Estado, sino también de particulares. Y, en este caso, tanto de los actores armados (los miembros de los grupos armados al margen de la ley: de oposición o grupos paramilitares) como de otros particulares (familiares, conocidos, miembros de la comunidad) que

³¹⁵ Al respecto, CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006.

³¹⁶ En este mismo sentido, CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006.

³¹⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61, 20 enero de 2006.

³¹⁸ O contextos de conflicto armado similares, como el que vivió Sierra Leona entre 1991 y 2002; y el que continúa viviendo la República Democrática del Congo, entre otros.

cometen actos contra personas situadas en especiales condiciones de vulnerabilidad e indefensión (por ejemplo, pienso en los casos de las niñas en las zonas de conflicto armado, que han sido víctimas de actos que configuran distintas formas de violencia sexual, y que lo han sido no solo de actores armados, sino también de otros particulares). En este sentido, es muy importante recordar, en relación con Colombia, que la CIDH ha señalado expresamente que “el Estado colombiano está obligado a aplicar debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y discriminación contra las mujeres agravada por el conflicto armado”.³¹⁹

Conforme a la obligación de diligencia, el *deber de prevenir* implica, en concreto, que el Estado adopta todas las medidas necesarias y razonables para *evitar* que se produzcan violaciones del derecho.³²⁰ Estas medidas pueden ser, entre otras: a) medidas legislativas o de expedición de otro tipo de disposiciones normativas (decretos, resoluciones, directivas, decisiones judiciales) que *disuadan* cualquier amenaza al derecho;³²¹ b) diseño e implementación de políticas públicas, y de programas estatales, tendientes a *cambiar las condiciones* que favorecen, propician o permiten las violaciones del derecho; y c) medidas que propicien, en la práctica y en forma efectiva, *cambios de comportamiento*, tanto en los funcionarios del Estado como en los particulares. El *deber de proteger*, implica, a su vez, que el Estado toma todas las medidas necesarias y razonables para evitar que en un caso concreto se produzcan daños irreparables a los derechos de una persona. Se trata, en estos casos, de brindar un amparo inmediato y adecuado.³²²

Mi deseo es el de insistir en las medidas que el Estado debe tomar para lograr un cambio de condiciones y de comportamientos y prácticas, en este caso, tanto de agentes y funcionarios del Estado (incluidos las autoridades judiciales) como de

³¹⁹ CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006, párr. 3.

³²⁰ En este sentido, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61, 20 enero 2006.

³²¹ *Cfr.*, entre otras, Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*, sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 81, en relación con el derecho a la vida.

³²² *Cfr.*, entre otras, Corte IDH, *Caso de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala*, Medidas urgentes, Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de abril de 2006, considerando quinto; *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006, considerando quinto; *Caso del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2006, considerando quinto; y *Caso del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*, Medidas urgentes, Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando quinto.

los particulares —se trate de los actores armados o de otros particulares. Vuelvo al punto más adelante, después de recordar algunas cuestiones en relación con el deber de investigar, teniendo en cuenta que, además de su finalidad específica —de garantizar el derecho a la verdad y a la justicia— este deber está ligado estrechamente a la obligación que tiene el Estado de garantizar la no repetición de las violaciones de derechos —y, en este sentido, también al deber de prevenir.

Como ya fue señalado en el capítulo segundo, el *deber de investigar* forma parte de la obligación que el Estado tiene de garantizar a toda víctima de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el *derecho de acceso a la justicia*, en su doble perspectiva: i) de posibilidad física real de presentar denuncias y/o demandas y de participar e intervenir en los respectivos procesos, y ii) de perspectiva real de obtener una respuesta en un tiempo razonable, respetuosa del derecho de la víctima (y no solo del procesado) al debido proceso y de la protección material del derecho.³²³

Atendiendo a esa doble perspectiva, la garantía del derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado tendría que garantizar aspectos como los siguientes, varios de los cuales son a su vez derechos:

- El efectivo acceso a las instancias y procedimientos judiciales (iniciando por la posibilidad real de denunciar los hechos), sin discriminación de ningún tipo, incluida la discriminación que nace de los estereotipos asumidos socialmente;
- La protección de la víctima, de forma tal que la intimidación o las amenazas o la presión social no afecten el ejercicio pleno del derecho;
- Un trato adecuado y sensible, respetuoso de la dignidad de la víctima, y consecuente con la gravedad de la violación de derechos que ella ha sufrido;
- La realización de una investigación independiente, imparcial y transparente;³²⁴
- La realización de una investigación con seriedad, diligencia e idoneidad, que permita el esclarecimiento de los hechos, la individualización de los autores, su juzgamiento y la adecuada sanción;
- El derecho de la víctima, durante el proceso, a probar el hecho, la violación de derechos sufrida, y los daños causados por esa violación, sin que esto implique descargar en la víctima, en ningún caso, el impulso del proceso;

³²³ Cfr., entre otras, CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 55.

³²⁴ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007, Resumen ejecutivo, párr. 15.

- El derecho de la víctima a obtener una reparación por la totalidad de los daños sufridos, proporcional y adecuada a la gravedad de la violación del derecho y del daño causado.

Garantizar todos estos derechos, como aspectos de la garantía efectiva del derecho a la justicia, implica no solo contar con un marco normativo sustantivo que reconoce adecuadamente la violación sexual como delito, sino también —como lo ha señalado varias veces Alberto Bovino³²⁵— con un marco normativo procesal que no re-victimice y que haga factible a la víctima de violación sexual: i) acceder al procedimiento; ii) contar en igualdad de condiciones con una adecuada asesoría legal; y iii) lograr que se establezca la verdad del hecho y del daño mediante estándares de prueba ajustados a la condición de víctima y a la especial vulnerabilidad y exposición de las víctimas de este delito. Al respecto, el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional ha establecido expresamente, en relación con estándares de prueba favorables a la efectiva protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual, principios y reglas, que entenderíamos son exigibles hoy por las mujeres víctimas en los procedimientos judiciales que se siguen conforme a los derechos internos de los respectivos países. En el punto sobre acceso a recursos judiciales me referiré un poco más en detalle a estos estándares de prueba.

En relación con la garantía del derecho de las víctimas de violencia sexual a acceso a la justicia es importante recordar, finalmente, que tanto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas³²⁶ como la Relatora de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer³²⁷ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³²⁸ han enfatizado la obligación que tienen los Estados de terminar con la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos —que hoy, además, configuran crímenes internacionales—, entre ellas, expresamente, la violencia sexual y otras formas de violencia contra las mujeres y las niñas.

³²⁵ Cfr. Bovino, Alberto, “Violencia de género; Delitos sexuales y justicia penal”, ponencia en el *II Seminario Interamericano sobre Género y Justicia: Delitos Sexuales*, 25 y 26 de noviembre de 2004, San Pedro Sula, Honduras, disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/bovino-violencia-genero.pdf>

³²⁶ Al respecto, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 1325 de 2000, S/RES/1325 (2000).

³²⁷ Al respecto, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61, 20 enero 2006.

³²⁸ Al respecto, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero 2007.

1.2. Cambio de comportamientos, actitudes y disposiciones

La forma en que debe ser garantizado por el Estado el derecho de las víctimas de violencia sexual a acceder efectivamente a la justicia —en el contexto del conflicto armado— me permite entrar en el segundo punto que he propuesto, el cambio de comportamientos, actitudes y disposiciones. Deseo insistir, especialmente, en las medidas que los Estados están obligados a adoptar para cumplir con el *deber de prevenir diligentemente* la violencia sexual en el contexto del conflicto, haciendo una particular referencia al caso colombiano.

He recordado, antes, que los Estados tienen —como un aspecto de la obligación de garantizar— una obligación de propiciar y afianzar conductas gubernamentales que aseguren realmente una efectiva garantía de los derechos. Junto a esta obligación, los Estados tienen también la obligación de ajustar todos sus disposiciones de derecho interno (incluidas las disposiciones constitucionales, legales y de otra jerarquía normativa) a los contenidos de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario de los que son Estado Parte.³²⁹ En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha dicho que esta obligación (establecida en el artículo 2 de la Convención) implica para los Estados varios deberes: i) supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías.³³⁰

Me voy a detener en el segundo aspecto —expedición de normas y desarrollo de prácticas—, y en el relacionado con las conductas gubernamentales. Y, al hacerlo, deseo recordar que, en su informe sobre “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, la CIDH llamó la atención sobre la ausencia en el Estado colombiano del registro, análisis y atención adecuados del fenómeno de la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas agravados por el conflicto armado, en especial por la violencia sexual y el control social ejercido por los grupos armados.³³¹

Los hechos de violencia sexual que se producen en el contexto del conflicto armado cuentan con ambientes que le son favorables, y en los cuales se enraízan, entre ellos: i) relaciones de género desiguales (de inequidad y

³²⁹ Cfr., al respecto, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31.

³³⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 72; y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 118.

³³¹ CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006, párrs. 12-14.

desequilibrio) ya existentes, y actitudes condescendientes con la violencia contra las mujeres que, si en contextos de paz son ya muchas veces invisibles o aceptadas como normales, en el contexto de conflicto armado tienden a invisibilizarse totalmente; y ii) la exacerbación, en el contexto del conflicto, de las relaciones de género desiguales y de la aceptación de la violencia contra la mujer por razones distintas, entre ellas, el ejercicio de poder masculino armado, y también, el uso violento del poder contra la mujer como forma de conquista territorial, control social y medio de guerra.³³²

La existencia de estos ambientes favorables a los hechos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado demanda del Estado distintas formas de intervención dirigidas no solo a los cambios de normas, sino también a cambios de prácticas, de comportamientos y de actitudes: de las comunidades, de las autoridades y de los actores armados (miembros de los grupos armados al margen de la ley).

En relación con las *comunidades*, la *visibilización* de la existencia de la violencia sexual, y de su calificación como un hecho que configura una grave vulneración de derechos humanos (y, además, un delito), y que produce graves daños en las víctimas, es una medida básica, pero fundamental, para propiciar cambios en las prácticas tanto de los particulares como de los funcionarios. Lograr adecuadamente esa visibilización es una tarea que compete al Estado en cumplimiento de su obligación de garantizar los derechos.³³³

³³² Al respecto, ACNUR, *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y retornadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, mayo de 2003. CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006, párrs. 45-47.

³³³ Una adecuada visibilización de la violencia sexual contra las mujeres, como una violación de derechos humanos, debería estar acompañada de una adecuada capacitación de los funcionarios y funcionarias (administrativos y judiciales) y de una adecuada política de concienciación tanto de funcionarios y funcionarias como de la sociedad en general contra todas las formas de violencia contra la mujer. Al respecto, entre otras, Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bahrein, CEDAW/C/BHR/CO/2, 14 de noviembre de 2008, párr. 25; Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Uruguay, CEDAW/C/URY/CO/7, 14 de noviembre de 2008, párr. 23; y Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Bélgica, CEDAW/C/BEL/CO/6, 7 de noviembre de 2008, párrs. 24 y 32. En este informe la CEDAW recomendó al Estado de Bélgica: “que adopte y ponga en práctica una estrategia nacional unificada y polifacética para eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas, lo que podría incluir componentes jurídicos, educativos, financieros y sociales. El Comité recomienda la ampliación de las actividades y programas de capacitación para miembros del Parlamento, el poder judicial y la administración pública, en particular el personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley, el profesorado y el personal de los servicios de salud, para sensibilizarlos respecto de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas y prepararlos para prestar un apoyo adecuado a las víctimas. Recomienda también que se intensifiquen las campañas de sensibilización pública sobre todas las formas de violencia contra las

La adecuada visibilización de la violencia sexual como una grave vulneración de derechos humanos que produce graves daños —tendiente a incidir en la apropiación consciente de esa realidad por las comunidades así como en su rechazo— puede contribuir al reconocimiento social de las víctimas de esos hechos en su calidad de tales. Ese reconocimiento puede contribuir, a su vez, a hacer explícitas conductas que configuran violencia sexual y que no son vistas de ese modo por la comunidad (por ejemplo, los actos de abuso sexual o el embarazo forzado). Y puede contribuir, sustancialmente, a que las víctimas —en un ambiente social distinto, comprensivo de su situación, y más favorable a su reconocimiento como víctimas— puedan atreverse a denunciar los hechos y a actuar en los procesos judiciales.

Una adecuada visibilización de la violencia sexual como una grave vulneración de derechos humanos, frente a los *funcionarios* y a las *autoridades*, es, a su vez, fundamental para afianzar adecuadamente el reconocimiento normativo de las víctimas y de sus derechos a la atención, a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición. En relación con las autoridades y los funcionarios, los organismos internacionales —como la CIDH, la Relatora de Naciones Unidas y ACNUR— han insistido, entre otras cuestiones, en la necesidad de la capacitación idónea y en la sensibilización de género. Conviene reiterar, al respecto, que la mera existencia de normas que tipifican el delito y que establecen formalmente un recurso no garantiza, *per se*, el acceso efectivo de las víctimas de violencia sexual a la verdad, a la justicia y a la reparación, si no hay un enfoque y una sensibilidad real de género en todos/as los/las funcionarios y funcionarias. En este sentido, la primera sentencia del Tribunal Penal Especial para Sierra Leona deja la sensación que no es para nada fácil establecer, aun ante los tribunales judiciales internacionales, cuándo ciertos hechos configuran, no solo violencia sexual, sino también formas distintas de violencia sexual.³³⁴ Se podría argüir, en este caso, que se trata de una cuestión que puede atenderse, fundamentalmente, propiciando un cambio normativo en el sistema de valoración de pruebas o garantizando un adecuado establecimiento de los hechos en las acusaciones de los y las fiscales. Creo, sin embargo, que frente a estos argumentos habría que responder con un “sí y no”. Como han señalado teóricos y teóricas de las ciencias cognitivas, es difícil ver ciertos hechos —a pesar de estar ahí— cuando no tenemos conciencia de que existen.³³⁵ Por eso creo que la correcta visibilización, frente a las autoridades judiciales, de la violencia sexual y

mujeres y las niñas (párr. 32).” Una recomendación similar hizo al Estado de Bahrein y al Estado de Uruguay.

³³⁴ SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-2004-16-PT, Judgement 20 June 2007.

³³⁵ Al respecto, Owen Flanagan (1991).

de los daños que ella produce, es fundamental, incluso para permitir una correcta interpretación de las normas. Volveré a este tema en el punto siguiente.

Ahora bien, como ha señalado Alberto Bovino, los primeros obstáculos de acceso a la justicia no se encuentran solamente o necesariamente en la autoridad judicial, sino también en la autoridad que recibe la primera denuncia de la víctima, e, igualmente, en quienes realizan las primeras indagaciones sobre el hecho que se denuncia (los cuerpos de investigación, por ejemplo, que, en un sistema penal de tendencia acusatoria como el colombiano, son distintos de la autoridad judicial). Esto puede llevar a reafirmar la necesidad de diseños de políticas públicas completas, para atender la violencia sexual —incluido el contexto del conflicto armado— que incorporen una política criminal específica (tanto de tipos penales como de procedimiento), pero que vayan mucho más allá.

Finalmente, en relación con los *actores armados* —miembros de los grupos armados al margen de la ley—, la CIDH ha dicho expresamente, en el caso de Colombia, que para estos grupos la violencia sexual “se ha hecho habitual”, en un conflicto armado en el que no hay observancia del derecho internacional humanitario.³³⁶ Conviene, por tanto, tener en cuenta que, aun cuando los tratados del DIH tienen carencias en el reconocimiento del sentido y alcance de la violencia sexual, es importante valorar adecuadamente —sobre todo cuando se busca evitar que se produzcan los hechos o que estos se repitan, para humanizar la situación del conflicto— que el derecho internacional humanitario prohíbe en forma expresa, y en todo tiempo y lugar, varias conductas, entre ellas:³³⁷ i) “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”; ii) “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”; y iii) “las amenazas de realizar los actos mencionados”.³³⁸ En este sentido, estrategias dirigidas a crear conciencia en los actores armados sobre estas prohibiciones, pueden resultar, además de correctas, útiles para evitar la comisión o la repetición de los hechos, y también para que los hechos de violencia sexual ya cometidos sean reconocidos como tales por sus autores en las instancias que busquen garantizar verdad, justicia y reparación. Adicionalmente, es conveniente recordar a los actores armados —mediante estrategias adecuadas— que hoy, con la vigencia

³³⁶ Cfr. CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006, párr. 51.

³³⁷ En concreto, para los conflictos no internacionales, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

³³⁸ Cfr. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 2.

del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de igual gravedad,³³⁹ son contemplados —cuando se cumplen las respectivas condiciones— como delitos de lesa humanidad (y no solo como crímenes de guerra, lo cual es particularmente relevante para Colombia dada la reserva formulada al Estatuto por el Estado);³⁴⁰ y que, además, de acuerdo con el artículo 29 del Estatuto de Roma, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.³⁴¹

1.3. La garantía efectiva de acceso de las mujeres a los recursos judiciales, en particular a los procesos penales en contextos de justicia transicional

Una pregunta que debemos hacernos es cómo *debe* entenderse —y este *debe* es un “deber ser” normativo— esa garantía igual y efectiva de acceso a la justicia penal, cuando hablamos de las mujeres y pensamos en las mujeres.

Antes de sugerir una aproximación a esta noción de garantía igual y efectiva, considero necesario explicitar la tensión —que tal vez se da en términos de dicotomía— que parece existir entre usar o no usar el mecanismo de los procesos penales cuando estamos en presencia de violencias ejercidas contra la mujer y, en particular, cuando estamos ante formas de violencia sexual. Al respecto, podríamos identificar dos tensiones: una, referida a un marco más general, entre justicia y paz en procesos de justicia transicional; y otra, más específica, pero inserta también en contextos de justicia de transición, entre la justicia penal (que es la justicia que parece entrar también en tensión o conflicto con la paz o el regreso a la democracia) y otras vías de reconocimiento y reparación de las violencias y daños sufridos por las mujeres en su condición de mujeres. No voy a hacer referencia a la primera tensión, pero sí, brevemente, a la segunda, porque tiene que ver directamente con la forma en que podemos entender, asumir o, incluso, reclamar una perspectiva de equidad de género en el acceso a la justicia penal.

³³⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7.1.

³⁴⁰ Ley 742 de 2002. Colombia formuló —el 5 de agosto de 2002— una reserva temporal a la vigencia del Estatuto de Roma, para los crímenes de guerra. Una vez levantada la reserva quedará en plena vigencia, para Colombia, la integridad del Estatuto de Roma. Conviene tener en cuenta, sin embargo, que muchas de las conductas realizadas por los grupos al margen de la ley en el conflicto armado colombiano caben en la categoría de los delitos contra la humanidad, y, en ese sentido, no han estado afectados por la reserva.

³⁴¹ El CICR ha recomendado a los Estados, expresamente, concienciar a los grupos armados “acerca de las obligaciones dimanantes del DIH, y también de la responsabilidad en la que incurren si las incumplen.” (CICR, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, *Las personas dadas por desaparecidas y sus familias, Recomendaciones para la elaboración de una legislación nacional*, 31 de mayo de 2003).

El punto más alto en el que nos encontramos hoy en el sistema internacional de protección de derechos humanos está dado, entre otras, por la confluencia de principios y de conceptos entre el sistema propiamente de derechos humanos y el sistema penal internacional, cuya expresión más emblemática es —hasta ahora— el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Lo que se observa, en relación con la protección de los derechos de las mujeres, es que ellas mismas han ido logrando, en esa lógica de confluencia de protección, la adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen específicamente derechos de las mujeres (incluyendo instrumentos vinculantes, muy poderosos y relevantes), y la incorporación explícita, como tipos penales internacionales, de crímenes que constituyen violencia sexual. En ese sentido, se puede decir que las mujeres han logrado —por lo menos en términos de normas jurídicas internacionales— una visualización expresa de varios de los crímenes que las afectan a ellas de manera específica.

Podría entenderse, en esa lógica progresiva de protección de los derechos de las mujeres, que la intención de las mujeres al haber dado la lucha por la incorporación —en el Estatuto de la CPI— de tipos penales cuyo contenido está dado por formas de violencia sexual, es la de que estos crímenes sean efectivamente perseguidos y sancionados. Y dado el carácter subsidiario de la CPI, se puede entender, a su vez, que la pretensión es que estos crímenes sean efectivamente perseguidos y sancionados en los respectivos países. Esto es consistente, además, con la obligación general que tienen los Estados —en virtud de los principales tratados internacionales de derechos humanos— de investigar todas las violaciones de derechos humanos que se cometan en su jurisdicción, y de enjuiciar y sancionar a todos los/las autores/as de esas violaciones.

Ahora, se podría señalar que tal vez esta pretensión de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de violencia sexual contra la mujer puede funcionar en contextos distintos a los de justicia de transición. Algunos de los argumentos dados hacen referencia al carácter masivo de las violaciones y también, en el caso de las mujeres, a la particularidad de los crímenes cometidos contra ellas —en el período anterior a la transición— y a la enorme dificultad que las mujeres tienen para acceder, en términos que les garanticen confianza, seguridad y respeto a su dignidad, a los procesos penales.

Frente a estas dos consideraciones, creo que habría que tener en cuenta que la competencia de la CPI está dada para crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Estas categorías suponen contextos o de violaciones

masivas o de violaciones sistemáticas o de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Luego, la justicia penal de la Corte Penal Internacional es una justicia prevista para atender, subsidiariamente —en caso de impunidad o de decisiones judiciales fraudulentas al interior de los Estados— los graves crímenes cometidos en un pasado de violencia. Esto quiere decir que, por lo menos, los Estados que son parte del Estatuto Penal de Roma están obligados a investigar, enjuiciar y sancionar penalmente a los autores de los crímenes tipificados en este Estatuto. Entre estos crímenes están los crímenes de violencia sexual. Lo que significa que, por lo menos, los Estados Partes del Estatuto Penal Internacional están obligados a investigar y sancionar estos crímenes. Si esta es una obligación de los Estados —obligación que es, de nuevo, consistente con la obligación internacional que tienen, en razón de los tratados internacionales de derechos humanos, de investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario— tendríamos que asumir que los procesos penales son una vía, un mecanismo, que está previsto para ser implementado por los Estados en los procesos de justicia de transición, como mecanismo que debe dar cuenta de los crímenes de lesa humanidad, de los crímenes de guerra, de genocidio, y de otras graves violaciones de derechos humanos. Y tendríamos que asumir, en esa lógica del sistema internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional, que los Estados están obligados a garantizar que ese mecanismo penal dé cuenta de los crímenes de violencia sexual.

Si este es el momento normativo en el que nos encontramos a nivel de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho penal internacional, así como de las obligaciones internacionales que hoy tienen los Estados en materia de derechos humanos y de crímenes internacionales, la manera de atender el dilema entre usar o no usar el proceso penal cuando enfrentamos —en contextos de justicia de transición— crímenes de violencia sexual, puede tratar de resolverse ofreciendo, no una disolución del dilema, sino una salida al mismo. Y creo que, de nuevo, son las mujeres las que están indicando esa salida.

La difícil experiencia vivida por las mujeres que tomaron la decisión de declarar sobre crímenes de violencia sexual cometidos contra ellas, ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y la evaluación que posteriormente se hizo de la misma, ha contribuido al establecimiento de reglas procesales y de prueba en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, que tienen específicamente en cuenta la condición de la mujer víctima de violencia sexual, tanto en el tratamiento y la atención que ella debe recibir como víctima, como en los estándares de prueba que deben cumplirse ante la Fiscalía de la Corte y

ante los jueces y las juezas de la Corte para establecer los hechos que configuran la violación.

Lo que estos cambios normativos pueden estar mostrando es que si consideramos que los crímenes de violencia sexual —o de otras violencias— cometidos contra las mujeres no deben quedar impunes —que debe darse con respecto a estos crímenes un *nunca más* a su impunidad, hacia el pasado, en el presente, y hacia el futuro—, y que ello supone el uso del mecanismo de los procesos penales, entonces, lo que tal vez debemos promover y lograr es un cambio radical en la concepción de los procesos penales y en la forma en que las autoridades judiciales responsables de los mismos atienden, asumen y se relacionan con los hechos constitutivos de crímenes de violencia contra la mujer. No es una tarea fácil, pero es una tarea que respondería a la lógica de evolución que están teniendo los dos sistemas normativos: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. En esta perspectiva, voy a sugerir una aproximación a la noción de equidad de género en el acceso a la justicia penal, partiendo de consideraciones y decisiones de órganos internacionales de protección de los derechos humanos (a). Posteriormente, haré una breve referencia a un conjunto de estándares relacionados con el proceso penal, y que considero pertinentes y relevantes para el tema que aquí estoy tratando (b).

a. Cómo entender la noción de “garantía igual y efectiva” de acceso a la justicia penal

Parto de la obligación internacional que los Estados tienen de garantizar a hombres y mujeres, *por igual y sin discriminación alguna*, el disfrute de todos los derechos previstos en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Entre esos derechos, el *derecho a la protección judicial* es considerado, como ya lo he señalado, una de las columnas vertebrales del sistema de derechos y de un Estado democrático, y el acceso a la justicia se considera una norma imperativa de derecho internacional.³⁴²

En el caso específico de las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, además, que “el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres”, y de ahí la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos.³⁴³ Igualmente, la Relatora de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer ha insistido en la necesidad

³⁴² Al respecto, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160.

³⁴³ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 6.

de garantizar a las mujeres, como forma específica de reparación, el debido acceso a mecanismos penales (y civiles) efectivos, y ha insistido, también, en la necesidad de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas contra las mujeres.³⁴⁴

En el marco de estos tratados, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han reconocido varias cuestiones, entre ellas dos que me interesa resaltar. En primer lugar, han reconocido expresamente y en forma reiterada que la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos, está arraigada, de manera profunda, en la tradición, en la cultura y en la historia de las distintas sociedades;³⁴⁵ y que las mujeres pueden verse limitadas en la denuncia de la desigualdad, la discriminación o la violencia por la falta de recursos judiciales idóneos y efectivos para atender y tramitar esas denuncias.³⁴⁶ En segundo lugar, estos órganos internacionales han reconocido que las formas de desigualdad y discriminación no afectan a las mujeres y a los hombres de la misma forma ni de igual medida, y han reconocido, también, que hay formas de desigualdad y discriminación que pueden tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, o que se dirigen solo contra las mujeres en su condición de mujeres.³⁴⁷ En un mismo sentido, han reconocido que hay formas de violencia que afectan específicamente a las mujeres³⁴⁸ o que las afectan en forma más intensa o las colocan en situaciones particularmente vulnerables, como, por ejemplo, la violencia que se ejerce en los contextos de conflictos armados internos o internacionales.³⁴⁹

Ubicándose en esta perspectiva, en su intervención ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la abogada Mónica Feria Tinta —representante común de las víctimas en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, y víctima,

³⁴⁴ Al respecto, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, E/CN.4/2006/61, 20 January 2006.

³⁴⁵ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29 de marzo de 2000, párr. 5; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007.

³⁴⁶ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación No. XXV *relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 2000; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007.

³⁴⁷ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación No. XXV *relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 2000; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29 de marzo de 2000; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007.

³⁴⁸ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29 de marzo de 2000.

³⁴⁹ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29 de marzo de 2000, párr. 8.

a su vez, de los hechos de este caso— dijo: “[n]o existe tortura que no tome en cuenta el género de la víctima”. “No existe (...) tortura ‘neutral’ (...)”. Y “aun cuando una forma de tortura no sea ‘específica’ para la mujer, (...) sus efectos sí tendrán especificidades propias en la mujer”.³⁵⁰

El *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* fue el primer caso en el que la Corte Interamericana se pronunció sobre aspectos específicos de la violencia contra la mujer, considerándolos, en cuanto tales, graves violaciones de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵¹ y por la “Convención de Belém do Pará”.³⁵²

La importancia de este caso, además de ser el primero en que la Corte Interamericana —como máximo órgano judicial del sistema interamericano— se pronuncia de manera específica sobre la violencia contra la mujer como grave violación de derechos humanos, está en la particularidad del caso.³⁵³ El caso no fue presentado, inicialmente, ante la Corte IDH como un caso de violación de derechos contra las mujeres.³⁵⁴ No es, tampoco, un caso en el que la víctima única o las víctimas únicas son mujeres, como se había dado en los varios casos decididos con anterioridad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁵⁵ Es un caso en el que hay víctimas hombres y víctimas mujeres. Y con esa particularidad, la Corte Interamericana distinguió tanto las violaciones específicas de derechos cometidas contra las mujeres en su condición de tales, como los efectos distintos que en ellas habían tenido violaciones de derechos cometidas, también en los mismos hechos, contra las víctimas hombres.

³⁵⁰ Cfr., citado en Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 260. q.

³⁵¹ En concreto, del artículo 5, sobre integridad personal.

³⁵² En concreto, los artículos 1, 6 y 8.

³⁵³ En casos posteriores, la Corte IDH ha aludido a este caso como el primero en el que ella se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ver, por ejemplo, *Caso Perozo y otros v. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 291; y caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, sobre mujeres desaparecidas y asesinadas en ciudad Juárez por razones de género.

³⁵⁴ La demanda de la CIDH no contemplaba el alegato de violaciones de derechos cometidos contra las mujeres. El escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas de la representante común de las víctimas sí lo incluyó.

³⁵⁵ El primer caso en el que la CIDH aplicó la Convención de Belém do Pará, fue el *Caso María da Penha Maia Fernandes*, Informe de Fondo, No. 54/01, 16 de abril de 2001. Con anterioridad se había pronunciado, en varios casos, sobre la violación sexual cometida contra víctimas mujeres, como violación del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre ellos, el *Caso Raquel Martín de Mejía (Perú)*, Informe de Fondo, No. 5/96, 1º de marzo de 1996. Igualmente, se había pronunciado sobre la violación de otros artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con la igualdad de derechos y la no discriminación. Al respecto, *Caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, Informe No 4/01, 19 de enero de 2001.

Deseo resaltar estos dos enfoques de la Corte Interamericana, porque incorporan expresamente, en una decisión judicial, una garantía de “equidad de género” en el acceso a la justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció explícitamente varias cuestiones:

- i) Al analizar los hechos, reconoció que en el contexto de violaciones de los derechos humanos que caracterizó el conflicto interno en Perú las mujeres se habían visto afectadas por la violencia de manera diferente a los hombres.³⁵⁶
- ii) Al analizar las violaciones de los derechos, reconoció que actos de violencia similares cometidos contra hombres y mujeres habían producido daños distintos, adicionales y más intensos en las mujeres. La Corte IDH estableció, entre otras cuestiones, que los actos de violencia cometidos contra varias de las víctimas, en su condición de mujeres, las habían afectado en mayor medida³⁵⁷ o habían revestido características especialmente graves³⁵⁸ o habían tenido efectos particulares en ellas,³⁵⁹ causándoles sufrimientos especiales y adicionales.³⁶⁰

A su vez, la Corte IDH:

- i) Interpretó la violación del derecho a la integridad personal (integridad física, psicológica, moral y espiritual) fijando los alcances del derecho a la luz de la Convención de Belém do Pará y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas contra la Discriminación contra la Mujer, para hacer los pronunciamientos específicos de las violaciones de derechos cometidas contra las mujeres;³⁶¹
- ii) Identificó hechos que constituían violaciones de derechos de los hombres y de las mujeres, indicando la forma distinta en que las mujeres habían sido afectadas por esas violaciones. Por ejemplo, consideró que la desatención de las necesidades fisiológicas de las mujeres internas (entre ellas, condiciones sanitarias para mantener su higiene y salud, permitiendo el acceso regular a retretes y permitiendo que se bañaran y limpiaran su ropa regularmente)

³⁵⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 206.

³⁵⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 293 y 298, en relación con las mujeres embarazadas.

³⁵⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 306 y 331, en relación con las mujeres sometidas a desnudez forzada, y con las internas a quienes no se les permitió asearse o acceder a los servicios sanitarios acompañadas de guardias armados.

³⁵⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 330, en relación con las madres sometidas a incomunicación severa.

³⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 331 y 332.

³⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 276.

- las había afectado de manera distinta y especial a como había afectado a los hombres internos;³⁶²
- iii) Distinguió entre las víctimas mujeres las condiciones particulares de cada una de ellas para poder establecer las violaciones que las habían afectado de manera más específica, y el sufrimiento más intenso que podían haber sufrido. Por ejemplo, entre las mujeres obligadas a permanecer, boca abajo, durante horas contra el piso, distinguió de manera especial las mujeres embarazadas;
 - iv) Definió hechos como actos de violencia sexual, reconociendo que la violencia sexual tiene consecuencias devastadoras en las mujeres. Por ejemplo, el hecho que varias de las víctimas mujeres hubieran permanecido, en un hospital, desnudas y cubiertas tan solo con una sábana, estando rodeadas de hombres armados, miembros de las fuerzas de seguridad, fue calificado por la Corte IDH como una doble violación: un trato violatorio de la dignidad personal de las mujeres —desnudas y solo cubiertas de sábanas— y un acto de violencia sexual —el haber permanecido constantemente observadas, en esas condiciones, por hombres. La Corte Interamericana consideró, además, que esta presencia y observación de hombres armados había producido en las víctimas mujeres grave sufrimiento psicológico y moral, acentuado por el temor de que dicha violencia se extremara;³⁶³
 - v) Asumió una definición amplia de violación sexual, en consonancia con el Derecho Penal Internacional³⁶⁴ y señaló, expresamente, que “la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias³⁶⁵ y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.”³⁶⁶

³⁶² Cfr., Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 331.

³⁶³ Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 306 y 308.

³⁶⁴ Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 310: “el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.”

³⁶⁵ Cita de la Corte: “Cfr. O.N.U., Comisión de Derechos Humanos. 50º periodo de sesiones. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la Resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/1995/34 del 12 de enero de 1995, párr. 19.”

³⁶⁶ Cita de la Corte: “Cfr. Eur.C.H.R., *Case of Aydın v. Turkey* (GC), Judgment of 25 September 1997, App. No. 57/1996/676/866, para. 83.”

Esta aproximación de la Corte IDH, como máxima autoridad judicial del sistema interamericano, muestra una forma en la que la equidad de género en el acceso de la mujer a la justicia puede ser garantizada.

En una aproximación similar, y en relación concretamente con el acceso a la justicia en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha llamado la atención sobre otro aspecto: la afectación mayor, más crítica, que los distintos factores que aquejan el adecuado funcionamiento de la justicia tienen en las mujeres, como consecuencia, entre otras condiciones, de la discriminación que ellas han sufrido históricamente.³⁶⁷ La CIDH ha señalado, en ese sentido, que ciertos patrones socioculturales de discriminación y violencia contra las mujeres influyen en las actuaciones de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial, lo que se traduce en un número muy reducido de juicios y de sentencias condenatorias.³⁶⁸ En esta medida, la garantía efectiva de acceso de las mujeres a la justicia debe poder hacerse cargo de esa historia de violencia y discriminación estructural.

Podríamos entender, entonces, que la *equidad de género en el acceso a la justicia penal* requiere tener presente, por lo menos, dos cuestiones: la primera, relacionada con la *garantía de una igualdad real* de las mujeres en el acceso a la justicia, lo que supone el expreso reconocimiento —por parte de las autoridades judiciales— de la afectación histórica padecida por las mujeres en el ejercicio igual y sin discriminación de sus derechos.³⁶⁹ Esto obliga a pensar en los mecanismos necesarios para resolver la desigualdad real en la que pueden encontrarse las mujeres cuando buscan acceder a la justicia. La segunda, relacionada con la *condición específica de la mujer*, lo que supone el reconocimiento de la forma en que la desigualdad real, la discriminación y la violencia afectan a la mujer de manera específica y particular; y también, de manera especial, distinta y, en muchas ocasiones, con una mayor gravedad e intensidad. El reconocimiento de esta afectación diferenciada y desproporcionada es fundamental para ampliar y fortalecer la capacidad de las autoridades judiciales penales de percibir adecuadamente el daño específico, particular y distinto que puede sufrir una mujer víctima; y crea, a su vez, las condiciones para satisfacer —dentro del proceso

³⁶⁷ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 8.

³⁶⁸ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 8, 123-126, 147.

³⁶⁹ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, en el artículo 1, que la expresión discriminación contra la mujer “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

penal— la necesidad de un trato diferenciado en relación con la mujer, por ejemplo, en la atención que se le debe brindar, en la protección que se le debe asegurar, y en el recaudo y la valoración probatoria.

b. El acceso a la justicia penal y la equidad de género

Ahora, en relación concretamente con el acceso a la justicia penal habría que tener en cuenta varios aspectos, de carácter general unos, y de carácter específico otros.

En el acceso a la justicia penal, la víctima (para nuestro caso, la víctima de violaciones de derechos humanos o derecho internacional humanitario) busca: i) *justicia*, entendida como justicia retributiva penal o aplicación de una pena al autor del crimen; ii) *verdad* o el conocimiento de lo sucedido —en términos de hechos y autores; iii) *reparación*, entendida en un sentido integral, que trasciende, como ya lo hemos señalado, la indemnización económica; y, iv) *garantías de no repetición* o garantías de que los hechos no se repetirán.³⁷⁰

Desde la perspectiva de la víctima, el efectivo acceso a la justicia penal comprende, entonces, varios aspectos, entre ellos: a) la tipificación de conductas, como expresión de una política criminal y penitenciaria —razonada y razonable—,³⁷¹ y como puerta necesaria para obtener la protección judicial; b) la adecuada proporcionalidad en las sanciones penales previstas para las distintas conductas; c) la existencia de autoridades competentes, independientes e imparciales, y, como ha señalado la CIDH, sensibilizadas en materia de género;³⁷² d) la existencia de procedimientos respetuosos de las garantías judiciales o del debido proceso; e) el desarrollo serio y diligente de las investigaciones, orientado a la efectiva individualización de los autores de las conductas y al adecuado establecimiento del daño sufrido por la víctima; f) la garantía de la plena participación y actuación de la víctima en todas las etapas del proceso; g) la garantía de no re-victimización o victimización secundaria, esto es, que no sean vulnerados durante el proceso derechos de la víctima; y h) la garantía de un reparación integral y justa.

³⁷⁰ Al respecto, Corte IDH, *Caso Penal Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 347; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 81; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 165; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 139; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 289.

³⁷¹ Es uno de los criterios señalados por la Corte Constitucional de Colombia. Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C-1404 de 2000; Sentencia C-822 de 2005.

³⁷² Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 46.

Desde una garantía de equidad de género, estos aspectos adquieren características especiales.

La CIDH ha definido el *acceso a la justicia* de las mujeres “como el acceso de *iure* y de *facto* a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos”.³⁷³ Ello significa que “[u]na respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar, y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad.”³⁷⁴

En consecuencia, la equidad de género en el acceso a la justicia penal hace referencia: i) a la garantía efectiva de los principios básicos —de *ius cogens*— de no discriminación y de igualdad ante la ley e igual protección de la ley,³⁷⁵ a la que aludí antes; ii) a la obligación que tiene el Estado de garantizar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos (rápidos y sencillos); obligación que implica el deber de adopción de los tipos penales apropiados para permitir la adecuada investigación de los hechos;³⁷⁶ iii) al deber que tiene el Estado de investigar diligentemente los hechos; y iv) al deber que tiene el Estado de garantizar un proceso justo que permita la sanción de los responsables y la reparación de la víctima.

Voy a detenerme, en relación con estos aspectos, en dos que considero esenciales para una garantía igual y efectiva de acceso de las mujeres a la justicia penal: i) el deber de investigar; y en ello tengo en cuenta que los órganos internacionales de protección de derechos humanos han identificado la investigación penal como una etapa fundamental en los casos de violencia y discriminación contra las mujeres;³⁷⁷ y, ii) la garantía de un proceso justo, en el que se garantiza y respeta a la víctima su derecho de participar y de actuar plenamente en todas las etapas del mismo.

³⁷³ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 5.

³⁷⁴ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 5.

³⁷⁵ Al respecto, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 23 y 25.

³⁷⁶ Al respecto, Estatuto de Roma, artículos 7.1.g); artículo 8.2.b) xxii) y e) vi).

³⁷⁷ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007.

El deber de investigar

De acuerdo con las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, a las que hemos hecho varias veces referencia, el deber de investigar: i) debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio; y ii) impone a los Estados el deber de realizar las investigaciones en forma seria y diligente. La no realización de una investigación adecuada —seria y diligente— impide el acceso a la justicia.

Tal y como se señaló en el capítulo segundo, los Estados deben asumir el deber de investigar como un deber jurídico propio, lo que significa, en primer lugar, que la obligación de buscar efectivamente la verdad es una obligación del Estado y no de las víctimas. En segundo lugar, que la investigación no puede ser llevada a cabo como una mera formalidad destinada a fracasar. Y en tercer lugar, que la investigación no puede ser desarrollada como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de pruebas.³⁷⁸

Estas exigencias son fundamentales cuando se trata de investigar hechos constitutivos de violaciones de derechos contra las mujeres, en especial, hechos de violencia o de discriminación. La carga de establecer cómo sucedieron estos hechos, por qué sucedieron, quién o quiénes fueron sus autores —materiales, intelectuales y potenciales encubridores— no es una carga de la mujer víctima o de sus familiares, y no es tampoco una cuestión de meros intereses privados o particulares; es una obligación en cabeza de la autoridad judicial. Esta obligación debe ser consistente, además, con la obligación que tiene el Estado de garantizar a la víctima una plena participación en el proceso; y con la obligación que tiene el Estado de respetar —en lo que atañe a la práctica de pruebas que pueden afectar la integridad personal de la víctima— su consentimiento, expresado de manera libre e informada.³⁷⁹

En el cumplimiento del deber de investigar, los Estados, y, en particular, las autoridades judiciales, están obligados, a su vez, a actuar conforme al deber de debida diligencia. Tal y como lo vimos en el acápite anterior, este es un deber fundamental, que hace referencia a las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos,³⁸⁰ y se hace extensivo no solo a los actos de los agentes del Estado, sino también a los de terceros o

³⁷⁸ Cfr. entre otras, Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 255; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 117; *Caso Ximénes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 148; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 296; *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 93; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 144.

³⁷⁹ Al respecto, entre otras, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-822 de 2005.

³⁸⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

particulares. Sobre este deber, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer ha señalado que existe una regla consuetudinaria de derecho internacional que obliga, de buena fe, a los Estados a prevenir y responder a los actos de violencia contra las mujeres con debida diligencia.³⁸¹ La Convención de Belém do Pará, es, en ese sentido, explícita. Los Estados están obligados a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.”³⁸²

Conviene recordar, de nuevo, para lo que estamos tratando en este acápite, que el deber de debida diligencia implica —en relación con los procesos penales— varios aspectos, entre ellos: i) la realización de una investigación inmediata, exhaustiva, seria, competente e imparcial de los hechos y de los daños sufridos por la víctima; ii) la adopción dentro de la investigación de todas las medidas necesarias para establecer la verdad de los hechos y para identificar, perseguir, capturar, enjuiciar y sancionar a sus autores; y iii) la realización de procesos penales en un tiempo razonable,³⁸³ garantizando, en todo caso, el derecho a la justicia³⁸⁴ y el derecho a una reparación integral y justa.³⁸⁵

En los casos de violencia, el deber de debida diligencia impone, además, deberes específicos, entre ellos: i) la investigación debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se esté investigando; ii) la investigación debe llevarse a cabo siguiendo los principios y manuales internacionales pertinentes;³⁸⁶ iii) la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración; y iv) los fiscales deben evitar cualquier tipo de discriminación en su trabajo en base a consideraciones políticas, sociales, religiosas, raciales, culturales y sexuales.³⁸⁷

³⁸¹ Cfr., Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, E/CN.4/2006/61, 20 January 2006, párrs. 29 y 36.

³⁸² Artículo 7.b. En el mismo sentido, artículo 4 de la Declaración sobre Todas las Formas de Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas.

³⁸³ Entre otras, Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 289

³⁸⁴ Cfr., al respecto, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 149.

³⁸⁵ Al respecto, Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Sexto periodo de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, “*Utilización y aplicación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal*,” Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997.

³⁸⁶ Por ejemplo, el Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (“Protocolo de Estambul”); *Manual para la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (“Protocolo de Minesota”).

³⁸⁷ Cfr., CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 52 y 53.

Dentro de estos deberes, generales y específicos, que impone el deber de debida diligencia, los relacionados con la forma en que se ordenan, obtienen, consideran y valoran las pruebas, tienen una especial relevancia. De la oportunidad, inmediación, pertinencia, razonabilidad y debida custodia de la prueba dependen la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Con respecto a los hechos de violencia sexual, el estándar de prueba integra aspectos relacionados con la garantía de igualdad real o sustantiva de las mujeres en el proceso penal y con la garantía de no re-victimización, y que hacen referencia, entre otros, a: i) las pruebas que deben ser ordenadas; ii) las pruebas que no deben ser ordenadas; iii) la manera en que se ordenan y practican las pruebas; y iv) la valoración que se hace de las pruebas.

En relación con las pruebas que deben ser ordenadas, los organismos internacionales de derechos humanos coinciden en que, dado el tipo de hechos, el espectro de pruebas debe ser amplio: las pruebas no pueden quedar restringidas a las pruebas físicas y a los testimonios, y es necesario contemplar pruebas científicas y pruebas psicológicas.³⁸⁸ Igualmente, hay consenso en rechazar la práctica de ciertas pruebas, como aquellas relativas al comportamiento sexual o social previo de la víctima. Asimismo, hay acuerdo en la manera en que ciertas pruebas deben ser practicadas. Así, se considera que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas para facilitar su testimonio; debe tenerse en cuenta que el consentimiento de la víctima es determinante para decidir si se pueden o no practicar pruebas que impliquen contacto corporal y puedan afectar la intimidad y/o integridad personal de la víctima; debe garantizarse que este consentimiento sea libre e informado, otorgado por la víctima sin sometimiento a presiones ni a conminaciones; y debe garantizarse un trato respetuoso, en todo momento, de la dignidad de la víctima.³⁸⁹ Y, finalmente, en relación con la valoración de ciertas pruebas, hay acuerdo en no inferir el consentimiento de la víctima en caso de violencia sexual; y en valorar en forma

³⁸⁸ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007. Ver, también, Corte IDH, con González y otras (Campo Algodonero) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, parr. 219 y 220, sobre pruebas en casos de violencia sexual.

³⁸⁹ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007; CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 87. En la Sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional colombiana señaló, en ese sentido, que en los casos en los que la práctica de una prueba requiere la intervención en el cuerpo de la víctima, esta “debe efectuarse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad, tal como lo establecen los parámetros que rigen este tipo de intervenciones, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Solo de esta manera se asegura que las limitaciones que se impongan no sean desproporcionadas y la víctima no sea sometida a un procedimiento que la conduzca a una segunda victimización”.

relevante el ambiente de coerción que puede crear el agresor y los factores que pueden inhibir a una víctima a resistir físicamente a su agresor.³⁹⁰

La plena participación de la víctima en todas las etapas del proceso penal

El Estado debe garantizar la plena participación de la víctima desde el inicio del proceso. Esto significa varios deberes, todos ellos vinculados a una necesaria sensibilidad en materia de género:

- Garantizar a la víctima, a sus familiares y a los testigos su seguridad y protección frente a amenazas y actos de intimidación o agresión. Esta garantía es fundamental para permitir que la víctima pueda acceder efectivamente al proceso judicial penal, y que pueda hacerlo libre de temor;³⁹¹
- Garantizar a la víctima y sus familiares un acceso oportuno y completo a la información sobre el proceso y a las decisiones judiciales que se tomen y puedan afectar los intereses y derechos de la víctima;³⁹²
- Garantizar a la víctima el derecho a actuar plenamente durante todas las etapas del proceso;
- Garantizar a la víctima, durante el proceso penal, la debida asesoría jurídica, así como la debida protección a su salud física y mental;
- Garantizar a la víctima y a sus familiares, durante todo el proceso, el respeto a su dignidad, así como a su privacidad e intimidad, adoptando, entre otras, medidas tendientes a prevenir y evitar situaciones humillantes e intromisiones innecesarias en su intimidad.³⁹³

La garantía de participación plena y digna de la víctima en todas las etapas del proceso es, además de la garantía de un derecho autónomo, una condición esencial para el esclarecimiento de los hechos, esto es, para el conocimiento de la verdad.

³⁹⁰ Al respecto, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007; CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 70.

³⁹¹ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 56; CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, reglas 17 y 87.

³⁹² CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 54; Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, regla 16.

³⁹³ Al respecto, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 54; CPI, Reglas de Procedimiento y Prueba, regla 87; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822 de 2005. En esta sentencia la Corte Constitucional señaló, entre otras muchas cuestiones, lo siguiente: "... sería acorde con la dignidad humana: (i) que no se someta innecesariamente a la víctima a la repetición de exámenes genitales o anales o que puedan resultar humillantes; (ii) prestar asistencia y orientación psicológica, espiritual o de otro tipo para que la víctima conozca sus derechos y entienda la importancia e incidencia del procedimiento; (iii) que se adopten medidas adecuadas para evitar a la víctima cualquier tipo de dolor o riesgos para su salud; (iv) permitir que en la práctica de dichos exámenes, si la víctima lo desea, esté acompañada por una persona cercana; (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima".

El relato de la víctima, su experiencia de lo vivido, su perspectiva de lo sucedido, son aspectos esenciales, irrenunciables e irremplazables en el establecimiento correcto de lo que pasó. Ello no significa, como reiteradamente ha sido señalado por la Corte IDH, que las víctimas cargan con el peso de promover los procesos, de investigar, de probar o de individualizar a los autores de los crímenes. Significa que la víctima es un sujeto pleno de derechos humanos, y que ella tiene el derecho a que su voz y su relato sean debidamente escuchados, registrados e incorporados en la verdad que nace del proceso de investigación judicial.

Igualmente, dicha garantía es fundamental para una justa identificación de las medidas de reparación que deban ser ordenadas por el juez o la jueza. En este sentido, la garantía de plena y efectiva participación de la víctima en el proceso penal —conforme a los deberes antes señalados— no solo es una forma de garantizar un derecho autónomo de la víctima y que ella no volverá a ser re-victimizada, sino que es una forma respetuosa, seria y diligente de visualizar e identificar los daños realmente sufridos por la víctima y de lograr la más justa y adecuada definición de las medidas de reparación.

2. Los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos³⁹⁴

Las víctimas del desplazamiento forzado sufren una multiplicidad de daños que, a su vez, se manifiestan en múltiples facetas. Una forma de aproximarse a ese universo de daños es la aproximación desde los derechos humanos, porque esta aproximación es, de suyo, inclusiva de los daños (las violaciones de los derechos producen daños) y porque, además, nos permite ver, entre otros aspectos, la complejidad de esos daños, su especificidad y su profundidad. Esta aproximación nos permite, igualmente, propiciar el ejercicio de la memoria colectiva, porque tratar de responder a las violaciones de los derechos nos conduce a las preguntas por la verdad, que conciernen no solo a la víctima sino también a la sociedad en su conjunto: cuáles fueron esas violaciones, cómo se produjeron, por qué se produjeron, qué permitió que se produjeran, quiénes son los autores y responsables de las mismas, quiénes son sus víctimas. La aproximación desde los derechos humanos ayuda también a pensar en la identificación de las distintas medidas que puedan contribuir a tratar adecuadamente los daños, en términos de reparación, y en la perspectiva ideal de la superación de los mismos.

³⁹⁴ Este acápite tiene como base, con modificaciones, la ponencia presentada en el *Seminario internacional sobre reparación a las víctimas: enfrentando el pasado en perspectiva de futuro*, ICTJ-Museo de Antioquia, Medellín, octubre 16 – 18, 2008. En relación con este análisis puede verse también Tatiana Rincón (2009).

Como ha sido reconocido por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, el hecho del desplazamiento forzado de personas es un hecho que viola derechos humanos,³⁹⁵ y, en ese sentido, la condición de víctima del desplazamiento forzado significa ser víctima de violaciones de derechos humanos. En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho que en un primer momento y radicalmente se viola, en este caso, es el derecho humano a no ser desplazado forzadamente.³⁹⁶

El desplazamiento forzado conlleva el abandono forzado —no querido, no voluntario, no deseado— de los lugares de pertenencia; la ruptura no querida de lazos sociales, culturales y familiares; y, en muchos casos, el total desarraigo. Es decir, el desplazamiento forzado, como una violación de derechos, implica mucho más que no poder estar en un lugar o tener que abandonar una propiedad. Se trata de una violación que en sí misma contiene múltiples violaciones, que afectan la libertad, la integridad, la vida de las personas, entendidas en sus sentidos más amplios. Pero, a su vez, se trata de una violación de derechos que está vinculada, en muchos casos, a otras violaciones, entre ellas las violaciones que produjeron el desplazamiento forzado y las violaciones que impiden el retorno y/o la superación de la condición del desplazamiento. Es decir, el desplazamiento forzado de personas es —como ha dicho la Corte Interamericana— un hecho complejo que vulnera un amplísimo conjunto de derechos,³⁹⁷ una red muy tupida de los mismos, lo que en términos de daños significa para las víctimas una alteración profunda y sustancial de sus vidas; en ocasiones, una alteración radical de las mismas.

Desde esta aproximación voy a hacer referencia, en primer lugar, a algunos de los derechos cuya violación está contenida en la violación del derecho a no

³⁹⁵ Entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver, entre otras, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 junio de 2005; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005; y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006. La Corte Interamericana había hecho referencia, con anterioridad, al desplazamiento forzado de personas en varias de sus resoluciones de medidas provisionales. Entre ellas: *Caso de la Comunidad de Paz de San Jose de Apartado*, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, considerando octavo y resolutive quinto; *Caso Giraldo Cardona*, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 1997, considerando quinto; *Caso Colotenango*, Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de junio de 1994, resolutive segundo.

³⁹⁶ Al respecto, Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 188; Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, de 11 de febrero de 1998, principios 5 y 6. Igualmente, Corte Constitucional colombiana, entre otros, Auto 092/2008, punto III.4.5.

³⁹⁷ Al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 210.

ser desplazado forzosamente (i), y, en segundo lugar, a algunos de los derechos cuyas violaciones están vinculadas con la violación de este derecho (ii). Al final, siguiendo principalmente la jurisprudencia sobre el daño de la Corte Interamericana, haré varias consideraciones sobre los daños que surgen de esas violaciones y sobre las formas en que podrían ser abordados (iii).

En las dos aproximaciones a los derechos es necesario —y, diría, obligatorio, en términos de derechos— considerar, de un lado, que hay violaciones de derechos que son específicas de determinados sujetos de derechos, como los niños y las niñas, las mujeres, las personas adultas mayores, las personas con discapacidades (ya sean niños, niñas, mujeres, o personas adultas mayores) y los pueblos y comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes; y del otro, que las violaciones de derechos universales no específicos tienen, en todo caso, impactos diferenciados y, en determinadas condiciones, desproporcionados en estos sujetos de derechos. Esto significa que el hecho del desplazamiento forzado de personas, con todas las violaciones de derechos que produce, no puede verse en neutro, y tampoco pueden verse en neutro los daños producidos por esas violaciones. Es obligatorio ver en las víctimas del desplazamiento forzado, en su calidad de sujetos de derechos, además de su situación ya específica de víctimas de este tipo de violación —que demanda medidas particulares y preferentes de atención y reparación— su condición específica y diferenciada. Y esto debe verse reflejado, necesariamente, en las medidas que se adopten para tratar adecuadamente los daños sufridos por ellas. En ese sentido creo que ha sido clara, precisa y contundente tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana³⁹⁸ como la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.³⁹⁹

2.1. Derechos cuya violación está contenida en la violación del derecho a no ser desplazado forzosamente

En relación con el primer conjunto de derechos, podríamos señalar, siguiendo en ello la jurisprudencia internacional, que la violación del derecho a no ser desplazado forzosamente conlleva la violación, en un primer momento, del derecho de circular libremente por el territorio de un país, de salir del mismo y de entrar y permanecer en él con libertad y tranquilidad.⁴⁰⁰ Conlleva, a su vez, la violación del derecho a la libertad de residencia, de poder escoger y decidir

³⁹⁸ Al respecto, ver Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 150 - 163 y 175.

³⁹⁹ Al respecto, ver Auto 218/06, de 11 de agosto de 2006; y Auto 092/08, de 14 de abril de 2008, en relación con la Sentencia T-025 de 2004.

⁴⁰⁰ Al respecto, ver Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 junio de 2005, par. 110.

con libertad dónde vivir, dónde trabajar, dónde estudiar, dónde desarrollar los propios proyectos de vida. Implica, de este modo, la violación del derecho a escoger con libertad una profesión u oficio, a escoger y revisar con libertad los proyectos de vida y a procurar los medios y las formas para realizarlos.

El desplazamiento forzado implica también una grave violación del derecho a la propiedad (entendido en su sentido amplio, no solo de titularidad, sino de tenencia y, sobre todo, de uso y disfrute de los bienes), por el abandono, en sí mismo, de sus bienes a los que se ven forzadas las víctimas, con independencia de que esos bienes sean destruidos o no, o saqueados o no, u ocupados o no, hechos estos que, de darse, constituyen otras formas de violación de este derecho. El mero hecho del abandono forzado de los bienes, al que se ven abocadas las víctimas del desplazamiento forzado, implica la violación del derecho a usar y disfrutar tranquila y pacíficamente de los mismos.⁴⁰¹

Al lado de la violación del derecho a la propiedad, el desplazamiento forzado viola el derecho a un hogar, a la intimidad y a la vida privada, al trabajo, a tener una identidad, y, en muchos casos, a la familia, porque el abandono forzado de casas, tierras y lugares de residencia y pertenencia implica no solo el abandono forzado de los bienes y lugares físicos, sino también el abandono forzado de los hogares, del puesto de trabajo, de los lazos y vínculos con amigos, con familiares, con los vecinos, o con la propia comunidad a la que se pertenece.

Hay, en este sentido, también una violación de derechos culturales, que no solo es evidente en el caso de las comunidades y pueblos indígenas y tribales y de las comunidades afrodescendientes, por el significado espiritual y cultural que para estos pueblos y comunidades tienen la tierra y el territorio,⁴⁰² sino que lo es también en relación con otros grupos de población y con las personas mismas. El abandono forzado de los lugares de arraigo social, cultural y fami-

⁴⁰¹ Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, de 2005, recogen, en forma bastante completa y profunda, el alcance de la violación del derecho a la propiedad de las víctimas de desplazamiento forzado y establecen los mecanismos, procedimientos y medidas que deberían ser adoptados por los Estados para atender y reparar esa violación. La preocupación, atención y tratamiento de esta situación por la comunidad internacional cuenta con una larga historia. Puede verse, en ese sentido, por ejemplo, la Resolución 194 (III) de 11 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la situación de Palestina, en donde la Asamblea: “*Resolves that the refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbours should be permitted to do so at the earliest practicable date, and that compensation should be paid for the property of those choosing not to return and for loss of or damage to property which, under principles of international law or in equity, should be made good by the Governments or authorities responsible*” (párr. 11).

⁴⁰² Ver, al respecto, entre otras, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005.

liar, significa obligar a las personas a abandonar sus referentes y contextos de sentido, fracturando sus cosmogonías e identidades. Por eso es tan doloroso el hecho mismo del desplazamiento forzado.

Al lado de estas violaciones está también la violación, ampliamente reconocida por la jurisprudencia internacional y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de Colombia, del derecho a la integridad física, psicológica y moral de las víctimas del desplazamiento forzado. Como ha señalado el Consejo de Estado, “el hecho del desplazamiento causa dolor a quien lo sufre, por el miedo, la situación de abandono e indefensión que lo obligan a abandonar el lugar de su domicilio” pero, además, porque “esa situación incide de manera adversa en su vida familiar y en su entorno socio cultural, el cual deberán reconstruir, en el mejor de los casos de manera provisional, en situaciones de mayor vulnerabilidad, alejados del tejido familiar, social, laboral, sobre el que se sustentaba su crecimiento como ser.”⁴⁰³ De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana, este dolor y sufrimiento intenso configura una violación del derecho a la integridad personal.⁴⁰⁴

2.2. Algunos de los derechos cuyas violaciones están vinculadas con la violación del derecho a no ser desplazado forzadamente

Además de los derechos cuya violación podemos decir que está contenida en la violación misma del derecho a no ser desplazado forzadamente, están los hechos vinculados al hecho del desplazamiento forzado, entre otros, los hechos que motivan el desplazamiento y que pueden ser, a su vez, hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos: como las amenazas y el miedo sufridos por las víctimas, que pueden motivar el desplazamiento y que son hechos que violan, entre otros, el derecho a la integridad física y psicológica y el derecho a la seguridad personal; o la destrucción y/o el despojo de las propiedades o pertenencias de las víctimas con el fin de aterrorizarlas y forzarlas al desplazamiento, que configura, entre otras, una violación de sus derechos de propiedad (entendidos, como se señaló antes, en el sentido más amplio, que incluye el uso y disfrute pacífico de las posesiones),⁴⁰⁵ y de su derecho a una vida digna,⁴⁰⁶ o los

⁴⁰³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG), 15 de agosto de 2007.

⁴⁰⁴ Entre otras, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006.

⁴⁰⁵ Al respecto, Corte Europea de Derechos Humanos, *Ayder et. al v. Turkey*, No. 23656/94, Judgmente of 8 January 2004.

⁴⁰⁶ Al respecto, Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrs. 169 - 188.

actos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, como actos de retaliación y de amedrentamiento, y que fuerzan su desplazamiento y el de sus familias, violando, entre otros derechos, el derecho a la libertad sexual y reproductiva y el derecho a la integridad física y psicológica;⁴⁰⁷ o los sufrimientos y el terror causados por violaciones de derechos de otras personas, como la desaparición forzada, la tortura, los actos de violencia sexual, o la ejecución extrajudicial de seres queridos o de personas de la comunidad, que motivan también los desplazamientos forzados y que son, igualmente, causantes de una violación, entre otros, de nuevo, del derecho a la integridad física y psicológica. En este sentido, por ejemplo, en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la Corte Interamericana consideró:

En [este] caso, las características de la masacre (...), las vivencias de los días en que sucedió la masacre, los daños sufridos por las familias, aunada al miedo de los familiares a que se repitieran hechos similares, al amedrentamiento y amenazas recibidas por algunos de ellos por parte de paramilitares, así como a dar su testimonio o [a] haberlo dado, provocó el desplazamiento interno de muchas familias de Mapiripán. Es posible [dijo también la Corte] que algunos de los familiares desplazados no vivieran en Mapiripán al momento de los hechos sino en los alrededores, pero se vieron igualmente obligad[os] a desplazarse como consecuencia de los mismos.⁴⁰⁸

En relación con los hechos posteriores al hecho del desplazamiento forzado, la impunidad (en sus distintas expresiones) que en la mayoría de los casos sigue a los hechos produce nuevas violaciones de derechos. La impunidad, en sí misma, produce en las víctimas angustia, sentimientos de indefensión y sufrimientos, y constituye, de este modo, una violación del derecho a la integridad física y psicológica de las víctimas. Pero la impunidad es también una violación del derecho de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. La impunidad, además, se convierte en un obstáculo real para el regreso, en forma segura y con dignidad, a los lugares de origen o de residencia —en el caso que ese sea el deseo de las víctimas— o para poder restablecer plenamente sus vidas en otro lugar,⁴⁰⁹ y, de este modo, contribuye a perpetuar la violación del derecho a no ser desplazado forzosamente y, con él, la de otros derechos.

⁴⁰⁷ Al respecto, Corte Constitucional, Auto 092/08, de 14 de abril de 2008, en relación con la Sentencia T-025 de 2004.

⁴⁰⁸ Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 180.

⁴⁰⁹ Al respecto, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 112 y 113; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 145.

Además de la impunidad, las víctimas de desplazamiento forzado enfrentan, en muchas ocasiones, el trato inadecuado o el maltrato de las autoridades, lo que puede implicar, en sí, la violación de un conjunto amplio de derechos, como el de ser tratado con dignidad y respeto. También, en muchos casos, y con posterioridad a su desplazamiento, las víctimas siguen sufriendo amenazas. Este hecho, además de violar, como se dijo antes, el derecho a la integridad física y psicológica, tiene el efecto de producir en las víctimas de nuevo miedo y silencio. Y estos silencios, forzados por las amenazas y el temor, pueden llegar a constituir violación de otros derechos, como el derecho a la libertad de expresión o los derechos políticos.

Al lado de estos derechos, están los otros derechos que se vulneran durante el tiempo que se mantiene la condición del desplazamiento forzado, entre ellos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Constitucional colombiana, el derecho a la no discriminación, el derecho a condiciones de vida digna, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación. Como lo ha establecido la Corte Interamericana, dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de las graves repercusiones psicológicas en las víctimas, se destacan:

(i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) la marginación, (iii) la pérdida del hogar, (iv) el desempleo, (v) el deterioro de las condiciones de vida, (vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, (viii) la inseguridad alimentaria, y (ix) la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida.⁴¹⁰

En todo este conjunto de derechos, violados con el hecho del desplazamiento forzado, deben ser considerados, con especial relevancia —como se señaló antes— los derechos específicos de las mujeres, de los niños y niñas, de los adolescentes y de las personas mayores adultas que han sido vulnerados. En estos casos se hace mucho más evidente la tupida red de derechos que son violados con el desplazamiento forzado. En el caso de las mujeres, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha identificado 18 facetas de género del desplazamiento forzado. De acuerdo con la Corte Constitucional, esas 18 facetas de género no solo explican el impacto cualitativamente desproporcionado y diferencial que el desplazamiento forzado tiene sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres, sino que expresan, también, lo

⁴¹⁰ Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 175; y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párr. 213.

que la Corte considera es una situación de vulneración de “la totalidad de los derechos constitucionales de las mujeres afectadas”.⁴¹¹

2.3. Consideraciones sobre los daños que surgen de las anteriores violaciones de derechos y sobre las formas en que podrían ser abordados

De acuerdo con lo señalado hasta aquí, las víctimas de desplazamiento forzado de personas, son víctimas (o pueden llegar a serlo) de la violación de múltiples derechos (tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales) y, también, de múltiples violaciones de un mismo derecho. Esas violaciones de derechos se producen: antes del desplazamiento forzado (con vínculos causales con el desplazamiento), con el hecho mismo del desplazamiento forzado, y, con posterioridad, en la condición de víctima de desplazamiento forzado. Como ha dicho la Corte Constitucional colombiana, se trata de una violación “sistemática, profunda y persistente” de un amplio conjunto de derechos.⁴¹²

Desde esta aproximación es posible evidenciar que los daños sufridos por una víctima del desplazamiento forzado son múltiples, y también profundos, considerados a la luz de lo que significa el ideal de una vida humana concebida desde el ejercicio pleno y tranquilo de los derechos. Las violaciones de derechos a las que me he referido significan, en términos de daños, además de la violación misma de los derechos, evidentes afectaciones materiales-patrimoniales y una considerable cantidad de afectaciones inmateriales: psicológicas, físicas, morales, culturales y espirituales.

Dada la complejidad de estos daños —por la cantidad de facetas que involucran, y por los distintos momentos en que se producen— una adecuada comprensión y un adecuado tratamiento de los mismos requeriría tener en cuenta, por lo menos, tres aspectos: i) las distintas violaciones de derechos sufridas por las víctimas, porque ello permite trabajar en la perspectiva del restablecimiento del conjunto de los derechos y de las garantías para su pleno y libre ejercicio. Es conveniente tener presente, en este sentido, que el primer y más radical

⁴¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Auto 092/08, cit. Estas facetas de género se pueden agrupar, según la Corte, “en dos categorías principales: (1) los patrones de violencia y discriminación de género que de por sí preexisten en la sociedad colombiana y que se ven intensificados exponencialmente tanto por (a) las condiciones de vida de las mujeres desplazadas, como por (b) el impacto diferencial y agravado de las fallas del sistema oficial de atención a la población desplazada sobre las mujeres, y (2) los problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas como tales, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados.”

⁴¹² Cfr. Sentencia T-025/04 de 22 de enero de 2004; y Auto 092/08, de 14 de abril de 2008, en relación con la Sentencia T-025 de 2004.

daño sufrido por la víctima es la violación de su derecho, es la pérdida del mismo. Es por esto que, en una perspectiva ideal, y siempre que ello sea posible, la reparación se enfoca, inicialmente, en la búsqueda del restablecimiento del derecho; ii) los distintos momentos en que esas violaciones se produjeron, porque, entre otras razones, cada momento tiene un significado distinto para la víctima en términos de las pérdidas y rupturas sufridas, y porque la distinción de los momentos ayuda a precisar la gravedad de las violaciones de los derechos y la gravedad de los daños; y iii) un uso de distintas categorías de daños. Voy a referirme, brevemente, a este último aspecto, enfatizando en un par de consideraciones.

En primer lugar, creo que es adecuado considerar que, en contextos como el colombiano, los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado son daños tanto individuales como colectivos, no solo en relación con los sujetos colectivos víctimas de esta violación (como es el caso de los pueblos y comunidades indígenas y de las comunidades afrodescendientes o de otros grupos constituidos como tales), sino en relación con todo el universo de víctimas del desplazamiento forzado. Esta consideración puede encontrar un sólido fundamento, entre otras razones, en el carácter de violación masiva y sistemática que tiene el desplazamiento forzado en Colombia, y también en el tipo de afectaciones que produce, como la alteración profunda del mundo de relaciones y roles laborales, o de los entornos sociales y culturales o de las dinámicas familiares, o la ruptura de lazos de confianza no solo sociales, sino también institucionales (entendiendo, entre las instituciones, la institucionalidad estatal) o la ruptura generalizada de proyectos de vida tanto individuales como colectivos. Es difícil tratar de responder adecuadamente a este tipo de daños sin considerar, a la vez, la dimensión individual y colectiva de los mismos o su carácter individual y colectivo.

Y, en segundo lugar, creo que una aproximación a esta complejidad de daños requiere de un haz amplio de categorías de daños, que vaya más allá de la distinción clásica entre el daño material (que cubre el lucro cesante y el daño emergente) y el daño moral. Los daños sufridos por las víctimas del desplazamiento forzado escapan, en muchos casos, a estas categorías de daños. La jurisprudencia internacional, y, en concreto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha avanzado hacia una distinción un poco más amplia, entre los daños materiales (entendiendo en ellos, en un concepto amplio, los daños patrimoniales, como toda afectación de carácter pecuniario derivada de la violación del derecho —y no solo el lucro cesante y el daño emergente—, lo que le ha permitido a la Corte IDH incluir, entre otros, los daños al patrimonio familiar) y los daños inmateriales, abriendo esta categoría tanto a los sufrimientos y las

aflicciones causados a la víctima como a los daños psicológicos y espirituales sufridos por ellas y al menoscabo de valores muy significativos para las personas. Igualmente, la Corte Interamericana ha considerado, entre los daños inmateriales, las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia, entendiendo esta categoría en un sentido más amplio, que permite cubrir no solo el entorno físico y humano cercano a la persona, sino también el entorno social, colectivo e institucional. La Corte Interamericana ha hecho también un desarrollo importante de otra categoría, la de proyecto de vida y de daño a proyecto de vida, entendiendo en ella tanto los proyectos de vida individuales como los proyectos de vida colectivos.⁴¹³

Esta apertura de categorías de daño, y la posibilidad de profundizar en ella, puede permitir cubrir en forma más inclusiva la multiplicidad de daños y de facetas de daño sufridas por las víctimas del desplazamiento forzado, y, de este modo, puede hacer también más consistente la relación entre las distintas medidas de reparación y lo que con ellas se busca reparar. Todo esto en la perspectiva de poder lograr una justa y efectiva superación de los efectos de las violaciones de los derechos.

⁴¹³ Al respecto, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006.



CAPÍTULO 5



SOBRE EL DEBER DE PROPICIAR ACUERDOS HUMANITARIOS

Este último capítulo está dedicado, como el anterior, a situaciones concretas, que tienen que ver con la realidad colombiana y con respecto a las cuales es posible aplicar varias de las cuestiones más generales tratadas en los tres primeros capítulos. Específicamente, en este capítulo deseo exponer algunos argumentos a favor del deber de propiciar acuerdos humanitarios en el contexto del conflicto armado colombiano. Un primer grupo de argumentos se apoya en el derecho internacional humanitario, y un segundo grupo de argumentos se apoya en el derecho internacional de los derechos humanos. Para organizar estos argumentos, procederé de la siguiente forma: señalaré, en primer lugar, por qué creo que como ciudadanas y ciudadanos tenemos razones para defender un escenario de acuerdos humanitarios (1); y, en segundo lugar, señalaré por qué creo que, tanto el Estado colombiano como los grupos armados de oposición tienen un deber jurídico de propiciar esos acuerdos con el fin de lograr el regreso a la libertad de las personas secuestradas y rehenes de estos grupos (2).

1. Las razones a favor de los acuerdos humanitarios⁴¹⁴

Creo que podemos comenzar recordando, en relación con las razones que tendríamos como ciudadanos y ciudadanas para defender un escenario de acuerdos humanitarios, que son varios los contextos que dan sentido a las acciones que realizamos. Esos contextos conforman nuestras creencias, nuestras

⁴¹⁴ El contenido de este acápite fue publicado, inicialmente, en *INDEPAZ*, Documentos, Tema: Derechos humanos y DIH, enero 2004 y Boletín 19, marzo de 2004, disponible en www.indepaz.org.co y considero que mantiene vigencia en el actual contexto colombiano.

emociones y sentimientos y nos permiten articular y proyectar deseos y expectativas. Los sistemas normativos constituyen espacios esenciales en los que se teje una dimensión fundamental de esos contextos de sentido. Las normas o las reglas explicitan y estabilizan expectativas de comportamiento.⁴¹⁵ En esa medida, adquieren la condición de *razones* que damos (o podemos dar) a los demás y a nosotros mismos en relación con lo que esperamos sea un determinado comportamiento o una determinada manera de reaccionar ante ciertas situaciones o ante ciertas actitudes o ante ciertas acciones. Las normas son, en ese sentido, *razones* de nuestras *reacciones* ante la actitud y las acciones de los demás y, son también y de manera especial, *razones* de nuestras *acciones*. En ellas nos apoyamos para justificar lo que creemos que debemos hacer (porque consideramos que es correcto o bueno hacerlo) o para dar cuenta de la manera en que hemos actuado. Pero también nos apoyamos en ellas, en su condición de razones, para interpelar a los demás. Para pedirles que nos justifiquen sus acciones, para demandar de ellos determinadas actitudes y determinadas acciones.

El derecho internacional humanitario, como sistema normativo, articula un potente espacio de sentido que ofrece razones para justificar expectativas y exigencias de comportamiento. Las *razones* a favor de los *acuerdos humanitarios* provienen, en parte, de ese espacio, y lo que deseo mostrar con ello es que, con independencia de cuáles sean nuestras concepciones del bien y/o de la vida buena, el espacio normativo del DIH es un espacio —en el sentido de J. Rawls (2000, 129-135)— de razones públicas, sobre las que podemos ponernos de acuerdo en nuestra condición de ciudadanos y ciudadanas. Esas razones pueden ser consideradas desde tres perspectivas, atendiendo al carácter y a la razón misma de ser del DIH, esto es, a su condición *eminentemente humanitaria* y al fin que busca: *evitar*, en el uso de la violencia armada que caracteriza la intensidad de los conflictos armados, *el sufrimiento humano innecesario*.⁴¹⁶ Una primera perspectiva es la que está definida por

⁴¹⁵ No es fácil decir qué es una *norma*. Pero sugiero acoger, para lo que me interesa en este apartado del capítulo, un cierto consenso existente en torno a lo que entendemos que hacemos cuando usamos “normas” o apelamos a “normas”. Para la caracterización que uso puede verse, entre otros, Niklas Luhmann (1994) y H.L.A. Hart (1995).

⁴¹⁶ Alejandro Ramelli (1999, p. 52) precisa, en relación con el fin último perseguido por el DIH, que este es el de “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”. Las “víctimas” en el DIH son las personas que “no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas” y que tienen el estatus de “personas protegidas”. Entre ellas: las personas heridas, enfermas, los náufragos, las personas que deponen las armas, las personas que ejercen una actividad médica o “personal sanitario”, las personas dedicadas a un ministerio religioso o “personal religioso”, las personas civiles y la población civil. Ahora bien, en la medida en que en el DIH se entienden incorporadas las normas que proscriben el uso de ciertas armas, se podría entender que el fin último perseguido por el DIH se extiende también a los propios combatientes activos. Expresión de esa extensión lo son, también, normas como las que prohíben “no dar cuartel”, esto es, ordenar que

el *derecho*, por el punto de vista de lo jurídico. Una segunda perspectiva es la que está definida por la *moral*, por el punto de vista de la *humanidad*, punto de vista que es común al DIH y a la moral. Una tercera perspectiva es la que está definida por la *ética*, por el punto de vista que determina la manera en que deseamos entendernos a nosotros mismos en términos de los lazos de cercanía y/o pertenencia más próximos.⁴¹⁷

La primera de las perspectivas, la del derecho, nos da la visión de lo que jurídicamente es obligatorio para los agentes sujetos a las prescripciones de las normas del DIH. En esta perspectiva nos situamos cuando argumentamos diciendo que, en virtud de las normas de derecho internacional humanitario aprobadas por los Estados, los actores implicados directamente en las hostilidades de un conflicto armado (de carácter internacional o de carácter no-internacional) están obligados a respetar ciertos bienes, a no realizar ciertas acciones y a no comportarse de cierta manera. Y, cuando siguiendo esa misma lógica argumental, afirmamos que los agentes sujetos a las normas del DIH han transgredido o violado dichas normas.⁴¹⁸ En este caso estamos invocando la naturaleza jurídica de las normas del DIH y, por tanto, apelamos a la fuerza particular que caracteriza a los sistemas normativos jurídicos. Como lo haré notar más adelante, en el caso del derecho internacional humanitario, la fuerza jurídica de sus normas connota una condición muy peculiar que otorga a este sistema de normas una especial dimensión protectora de bienes que son especialmente caros a los seres humanos.

La segunda perspectiva, la del punto de vista moral, nos da la visión de lo que en nuestra condición de seres humanos, fuente de normas, consideramos que es obligatorio para cualquier ser humano hacer o dejar de hacer o de lo que consideramos que un ser humano no debe hacer, porque al hacerlo se coloca por debajo de la propia condición humana. En esta perspectiva nos situamos cuando al invocar las normas del DIH apelamos a la *conciencia pública de la comunidad humana* o a la conciencia de humanidad o de *identidad humana*, como la califica Jean Ziegler,⁴¹⁹ para rechazar y condenar la realización de ciertos actos

no haya sobrevivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de esa decisión (art. 40 del Protocolo Facultativo I). Esta extensión puede explicarse y justificarse en términos del principio que está a la base de todo el cuerpo jurídico del DIH.

⁴¹⁷ En la distinción entre ética y moral que aquí asumo sigo muy de cerca a Avishai Margalit (2002), aun cuando mi noción de ética contiene, creo, más elementos que la noción que adopta Margalit.

⁴¹⁸ Pueden considerarse aquí, entre otros instrumentos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los dos Protocolos Facultativos de 1977 (Protocolo I y Protocolo II), así como las distintas convenciones que prohíben el uso de determinadas armas. Deben considerarse incluidas, también, en el cuerpo jurídico del DIH, las disposiciones que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional aluden a los crímenes de guerra y a la competencia de la Corte para conocer de los mismos.

⁴¹⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas para el derecho a la alimentación. Ver al respecto: Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial para el derecho a la alimentación (2001), *El*

que ofenden la propia condición humana en la medida en que son *contrarios a la humanidad*. En este rechazo está comprometido el reconocimiento que hacemos de un principio fundamental: *el principio de respeto a toda persona humana por su sola condición de ser humano*. Este es el principio delimitador del espacio moral⁴²⁰ y es el que articula toda la construcción teórica del DIH.⁴²¹ Es, por tanto, un principio que hace explícito el espacio común que comparten las normas del derecho internacional humanitario y las normas morales.

La tercera perspectiva, la que articula el punto de vista ético, nos da la visión del tipo de trato y reconocimiento que, en cuanto miembros que somos de comunidades particulares distintas, esperamos nos sea brindado. Los lazos que tejen el espacio de la ética son lazos de proximidad que nos permiten esperar y exigir de los demás cierto trato. A. Margalit precisa que lo que esperamos de quienes comparten con nosotros una comunidad ética es, fundamentalmente, *cuidado*.⁴²² El *cuidado* demanda de los seres humanos una mayor implicación con el otro, en la medida en que lo que se espera es una cierta atención a la realización de su proyecto de vida. Cuando asumimos hacia los demás una relación fundada en el cuidado, nos *preocupamos* por su presente y por su futuro y nos interesamos también por su historia. Nos preocupa que su proyecto de vida pueda realizarse plenamente. Tratar con *cuidado* a los seres humanos y esperar ser tratados de igual manera, forma parte de lo que consideramos es una *vida buena*, esto es, *una vida que humanamente merece ser vivida*.⁴²³ En este punto de vista nos situamos cuando al invocar las normas del derecho internacional humanitario apelamos no solo al principio de respeto a la persona humana, sino también al principio de no daño, esto es, de no privación y de no sufrimiento innecesarios, para rechazar ciertas acciones y ciertas actitudes. Lo que nos mueve en este caso es nuestra capacidad de poder pensarnos en el lugar del

derecho a la alimentación. Informe, E/CN.4/2001/53 de 7 de febrero de 2001, párr. 36.

⁴²⁰ Por lo menos lo es así en el contexto de la *moral del respeto universal e igualitario* —como la caracteriza Ernst Tugendhat (1997) — que se hace explícita con la modernidad. Sobre este principio, puede verse también Ronald Dworkin (1984).

⁴²¹ En el Comentario al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el CICR dice lo siguiente: “*El principio del respeto de la persona humana*, que está en la base de todos los Convenios de Ginebra, no fue creado por éstos, sino que es anterior y exterior a estos. Si, hasta 1949, sólo se había formulado en los Convenios a favor de los militares, esto no se debía a su condición de militares. Por encima de esta circunstancia, *dicho principio se refiere a la persona por su sola condición de ser humano*, sin consideración de uniforme, deber de fidelidad, raza o creencia; sin consideración incluso de los compromisos que la autoridad de la que depende haya podido contraer en su nombre o en su favor. Herida o enferma, esa persona tiene, como tal, el derecho a recibir los cuidados o la asistencia que *ordena el respeto de la persona humana*” (CICR, “Comentario a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, V.III, Bogotá, 2001, p.11) (cursivas añadidas).

⁴²² Al respecto, Avishai Margalit (2002).

⁴²³ Sobre la noción de *vida buena* en la que me apoyo para esta caracterización puede verse Martha Nussbaum (1998).

otro, de poder imaginar su sufrimiento y de poder concebir lo que, en ese caso particular, significa una vida humana dañada o destruida. Nuestro rechazo y nuestra condena explicitan, en este caso, el rechazo a prácticas humanas y a formas de vida que no consideramos puedan hacer parte de lo que concebimos es una vida humana buena. En ese rechazo está implicado, por tanto, el rechazo a una cierta manera de entendernos a nosotros mismos: deseamos no reconocernos ni ser reconocidos por los demás como seres capaces de dañar a otro ser humano.

Ahora bien, en la medida en que las normas del DIH pueden ser invocadas desde cualquiera de estas tres perspectivas, ellas constituyen un rico y potente espacio de razones al que podemos apelar para ir dando forma a tejidos esenciales de nuestras prácticas, de nuestra institucionalidad y de nuestra diaria convivencia. Ello significa que, aun cuando el derecho internacional humanitario es un sistema normativo que rige solo bajo determinadas circunstancias,⁴²⁴ no es un sistema normativo extraño ni a la construcción de nuestra *cotidianidad* ni a la construcción de una sociedad futura mucho más humana. Veamos por qué.

La fuerza peculiar del DIH, como sistema normativo jurídico, está tanto en su carácter de norma de *ius cogens* como en el carácter de objetividad que se atribuye a su vigencia.⁴²⁵ Esta condición determina el carácter de *incondicionalidad* que tiene el derecho internacional humanitario. Una vez se dan las circunstancias materiales que se ajustan a las definiciones de conflicto armado (internacional o no-internacional) dadas por las propias normas del DIH, *el conjunto* de sus prescripciones y principios rigen y obligan a los agentes vinculados directamente a las hostilidades con independencia de cuál sea la apreciación o percepción que ellos puedan tener de la situación. De esta manera, el DIH realiza o actualiza, de un modo incondicional, el principio de respeto a la persona humana que está en la base de todo su sistema o cuerpo de normas. Esto permite y garantiza a la vez que las normas del derecho internacional humanitario puedan ser invocadas, en todo momento y por cualquier persona, en contextos de conflicto armado,

⁴²⁴ El DIH rige solo en los conflictos armados. Citando la sentencia *Duski Tadic*, IT-94-1, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la CIDH ha señalado al respecto: “Temporal y geográficamente, el derecho internacional humanitario se aplica ‘desde el inicio de estos conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de las hostilidades, hasta la concertación general de la paz; o, en el caso de los conflictos internos, hasta que se logre una solución pacífica. Hasta ese momento el derecho internacional humanitario sigue aplicándose en todo el territorio de los Estados en conflicto o, en el caso de conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, se produzcan en él o no combates efectivos’”. (CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.i6 Doc.5, Rev 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 60).

⁴²⁵ Como norma de *ius cogens* el DIH tiene, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, la condición de norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

con el fin de realizar la propia finalidad última que persigue el sistema. En esta medida, las normas del DIH, vistas desde su dimensión jurídica, se constituyen en razones que, en nuestra condición de ciudadanas y ciudadanos, podemos esgrimir legítimamente para exigir, en nuestro nombre y en el de otros, a los agentes vinculados directamente al conflicto armado, el respeto y la protección de bienes esenciales al ser humano: la vida, la integridad física y psíquica, la libertad, la dignidad. Nuestra exigencia tiene, en este caso, el respaldo de la fuerza propia de lo jurídico y, en particular, el respaldo de la fuerza que recibe el DIH de su carácter de sistema normativo *eminentemente humanitario*.

Adicionalmente, como lo hemos señalado antes, el derecho internacional humanitario es un sistema normativo que puede ser considerado, además del punto de vista jurídico, desde el punto de vista moral y desde el punto de vista ético. Desde estas dos perspectivas, la invocación de las normas del DIH apela a otro tipo de constricción: la que, en el trato y consideración de los seres humanos, nos impone una cierta concepción de la condición de los seres humanos y de los límites que esa condición traza a todo acto humano.

Siguiendo la propia construcción teórica del DIH, se pueden señalar como principios que articulan esa concepción, y que marcan los límites del actuar humano, los dos a los que ya he aludido: *el de humanidad* (de respeto a la persona humana por su mera condición de ser humano) y *el de no daño o de no sufrimiento innecesario*. Estos dos principios explicitan el reconocimiento que hacemos de la condición humana como una condición susceptible tanto de sufrimiento como de ser dañada y como una condición que reviste una especial dignidad. Este reconocimiento, explicitado en los dos principios, es el que impone expresamente los límites al propio actuar humano. El derecho internacional humanitario, como sistema normativo, se encarga de *recordarnos* que hay actos (acciones y actitudes) que están *prohibidos, en todo tiempo y lugar*, por la propia conciencia que, en cuanto humanos que somos, tenemos de nuestra propia condición. Es el ser humano quien se erige, a sí mismo, como *límite radical* contra *todo* acto que pueda dañar o dañe la condición humana. Esa calidad de límite al actuar humano que representa el ser humano está expresamente reconocida por el DIH. Apelar a ella, en el contexto de sentido que articulan sus normas, puede ser el resultado o bien de la interpelación de la condición humana que nos obliga a fijarnos en la mera humanidad de cada persona (interpelación moral) o bien de la interpelación que tiene como fuente la comunidad de lazos que compartimos con quienes sentimos más próximos (la interpelación ética). En ambos casos, lo que estamos en capacidad de hacer realidad —cuando invocamos las normas del derecho internacional humanitario y cuando adquirimos el compromiso sincero con la exigencia

de su cumplimiento— es un entorno normativo en el que se afianza una visión *respetuosa* del ser humano y *preocupada* por el ser humano. Lo que nos ayuda a construir el DIH es, entonces, en este caso, un entramado de actitudes, reacciones y acciones tanto morales como éticas.

Tener la capacidad de hacer de las normas del DIH razones que esgrimimos a favor del fortalecimiento de una visión del ser humano que nos permite reconocernos a nosotros mismos, ser reconocidos por los demás y reconocer a los otros como seres que merecemos, con independencia de nuestro origen y de nuestras opiniones, un *trato humano*, es una condición necesaria para avanzar, *como sociedad*, en la conformación de tejidos y estructuras garantes tanto del respeto de la dignidad de la persona humana como de la realización de condiciones que permitan a cada ser humano alcanzar el logro de su desarrollo pleno como persona. En este sentido, podemos entender que el derecho internacional de los derechos humanos nos ayuda a dar forma, también, a una *sensibilidad* capaz de *reaccionar* ante y contra los actos inhumanos, y capaz, a la vez, de propiciar los adecuados juicios condenatorios. Una sensibilidad con estos rasgos es condición de posibilidad de *acciones* coherentes con los principios de respeto y de no daño.

En esta dirección creo que podemos entender y asumir lo que en la Sentencia No. C-225/95 dijo la Corte Constitucional colombiana⁴²⁶ cuando, al referirse a la finalidad del Protocolo II y a la trascendencia que la humanización del conflicto tiene para la construcción de la paz, precisó lo siguiente:

... la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una *finalidad tácita* que puede ser, en ocasiones, *mucho más preciosa*: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque *evita crueldades innecesarias* en las operaciones de la guerra. De esa manera, al reconocer *una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética*, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.⁴²⁷ (Cursivas añadidas).

Los *acuerdos humanitarios*, concebidos *desde* el punto de vista del derecho internacional humanitario, son espacios concretos de realización de sus principios y de la finalidad última que persigue en tanto cuerpo normativo. En

⁴²⁶ Sentencia que declaró la exequibilidad de la Ley 171 de 16 de diciembre de 1994, aprobatoria del Protocolo II de 8 de julio de 1997, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

⁴²⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. C-225/95, de 18 de mayo de 1995, párr. 21.

esa medida, constituyen espacios de *materialización* de una concepción del ser humano centrada en su respeto y en su reconocimiento de ser susceptible de sufrimiento que no debe ser dañado. Constituyen, por tanto, desde esa perspectiva, espacios de elaboración de tejidos sociales hilvanados por potentes principios morales y éticos.

Los *acuerdos humanitarios*, como concreciones de los postulados del DIH, no son, entonces, acuerdos lejanos a lo que como colombianas y colombianos esperamos y aspiramos deba llegar a ser, en términos de *respeto* del ser humano y de *preocupación* por el ser humano, la *estructura básica* de nuestra sociedad. Ellos son, en sí mismos, cuando se los concibe desde los principios que alimentan este sistema de normas, maneras de creación de condiciones que posibilitan hacer realidad esa estructura. En la medida en que son, por decirlo con la Corte Constitucional, caminos necesarios para alcanzar la *reconciliación* profunda de nuestra sociedad, se constituyen, a su vez, en espacios normativos en los que se hace posible ir dando forma a actitudes y a acciones que expliciten el reconocimiento radical que hacemos de la condición de ser humano de *toda* persona humana.

En este sentido, apostar por los acuerdos humanitarios no es solo un acto legítimo desde el punto de vista del derecho, sino quizá, y sobre todo, es un deber moral y una exigencia ética con las personas (todas y cada una de ellas) que habitamos Colombia y con nuestra sociedad.

2. El deber jurídico de propiciar acuerdos humanitarios⁴²⁸

Hasta aquí he dado algunos argumentos para sostener que tenemos razones jurídicas, morales y éticas para defender, como ciudadanos y ciudadanas, los acuerdos humanitarios. Es decir, he dado argumentos desde la perspectiva del *nosotros*, entendido como comunidad y como humanidad. En este segundo acápite deseo dar otro tipo de argumentos, específicamente jurídicos, que en la condición del *nosotros* podemos también invocar, pero que tienen su fundamento en la perspectiva de los actores del conflicto. Para ello deseo iniciar con Kant, recordando que, en su escrito sobre *La paz perpetua*, él decía que hay una serie de acciones —u “hostilidades”, como él las llamó— que ningún Estado en guerra puede permitirse. Para Kant, esas acciones son aquellas que hacen necesariamente imposible la confianza mutua en una paz futura.⁴²⁹ Kant hizo estas consideraciones en el siglo XVIII, cuando los conflictos armados

⁴²⁸ El contenido de este acápite tiene como base, con varias modificaciones, la ponencia presentada en la *Cátedra Gerardo Molina*, Universidad Libre, Bogotá, septiembre 13 de 2008.

⁴²⁹ Ver, Immanuel Kant (1795/2001, artículo sexto).

que preocupaban a pensadores sensibles como él eran las guerras entre Estados soberanos. Creo, sin embargo, que hoy, en el siglo XXI, podemos seguir pensando junto con Kant en los conflictos armados, internacionales y no internacionales, tal y como hoy los conocemos, y que caracterizan la época que estamos viviendo.

Desde cuando Kant escribió su opúsculo sobre *La paz perpetua* hasta hoy hemos descubierto y aprendido a ver, como humanidad, la crueldad extrema y la atrocidad de la que son capaces los seres humanos en los escenarios de los conflictos armados, y hemos aprendido también a hacernos conscientes de ello. En nuestro caso, tenemos muy cerca de nosotros, tal vez no en el espacio pero sí en el tiempo, los horrores cometidos en los conflictos de Rwanda, de la ex Yugoslavia, de Sierra Leona, de la República Democrática del Congo, de Uganda, de Sri Lanka, por solo recordar algunos de esos dolorosos escenarios. Y tenemos también, más cerca de nosotros, en el espacio, las atrocidades cometidas en los conflictos armados vividos en países como Guatemala, El Salvador y Haití. Todas las atrocidades cometidas en estos conflictos, por las distintas partes comprometidas e involucradas en los mismos, forman parte de esas acciones que Kant consideró hacen imposible o extremadamente difícil recuperar las confianzas mutuas —en estos casos, en las propias sociedades— en una paz futura.

Ahora, junto al descubrimiento de la crueldad extrema y de la atrocidad hemos aprendido, también como humanidad, a reaccionar, condenando en forma absoluta esos actos y creando mecanismos para imponer límites a las acciones de quienes desatan, se involucran y participan en los conflictos armados, y para exigir cuentas a quienes con sus actos desconocen esos límites. El mecanismo más logrado, en ese sentido, al que hemos llegado hasta ahora —después de las experiencias de los tribunales penales internacionales y mixtos, como el Tribunal de Nüremberg y los tribunales para Ruanda, la ex Yugoslavia y Sierra Leona— es la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional, y la aprobación de un Estatuto Penal Internacional que tipifica como crímenes internacionales esos actos atroces. Como lo ha dicho varias veces el Fiscal de la Corte Penal Internacional, hoy es claro para todos los seres humanos, con independencia de su lugar de nacimiento y/o de su nacionalidad, que la humanidad está decidida a no aceptar la comisión de ninguno de estos actos.

En este escenario es claro, entonces, que en un conflicto armado sin carácter internacional, o, conflicto armado interno (como el que Colombia vive desde hace varias décadas), existen, además de las obligaciones morales y éticas a

las que nos remitían las consideraciones iniciales de Kant, obligaciones jurídicas de las partes enfrentadas, que imponen límites y deberes a sus acciones. En el caso del Estado, las obligaciones jurídicas, y los límites y deberes que ellas imponen, están dados tanto por el derecho internacional humanitario como por el derecho internacional de los derechos humanos y por el actual derecho penal internacional. En el caso de los grupos armados organizados —como son denominados en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949—⁴³⁰ las obligaciones, límites y deberes vienen determinados, en forma directa, por el derecho internacional humanitario y por el derecho penal internacional.

Lo que aquí voy a sugerir, teniendo en cuenta ese escenario, es que los esfuerzos por avanzar en acuerdos humanitarios —o en otro tipo de acuerdos especiales— tendientes a la liberación de las personas privadas ilegalmente de la libertad por los grupos armados, tienen un marco normativo de referencia que podría establecer obligaciones o deberes, tanto para el Estado colombiano como para dichos grupos y, concretamente, para los grupos armados de oposición, de avanzar seriamente en esa dirección. Otras consideraciones, que no desarrollaré en este capítulo, nos permitirían también decir que avanzar en esa dirección —además de ser un deber del Estado y de las organizaciones armadas de oposición— contribuiría a recuperar la confianza en una paz futura, y, sobre todo, la confianza en la posibilidad de una paz fundada en el respeto de los derechos humanos. Para lo que deseo desarrollar, iniciaré, en primer lugar, con el marco normativo referido al Estado (i) y, en segundo lugar, me referiré al marco normativo que obliga a los grupos armados organizados (ii).

2.1. El deber del Estado de propiciar con seriedad acuerdos humanitarios o acuerdos especiales

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, los Estados están en el deber de cumplir, en los contextos de conflictos armados, con las obligaciones impuestas por los respectivos tratados internacionales —de derechos humanos y de derecho internacional humanitario— de los que son Estados Partes. Adicionalmente, conforme a las disposiciones del derecho internacional humanitario, los Estados están obligados a cumplir, en lo que no esté regulado expresamente por el derecho vigente, con los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, con los principios de humanidad y con las exigencias de la

⁴³⁰ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 1.

conciencia pública.⁴³¹ Estos últimos principios obligan también a los grupos armados organizados.

En relación con las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos, los Estados que son parte de estos tratados, tienen, como lo hemos visto en los capítulos anteriores, las obligaciones generales de respetar y garantizar o asegurar, a todas las personas bajo su jurisdicción, los derechos que están reconocidos y protegidos en los respectivos tratados. Se trata de obligaciones vinculantes que, de acuerdo también con el derecho internacional, los Estados deben cumplir de buena fe. Para efectos de este capítulo voy a referirme solamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a las obligaciones generales que derivan de estos dos tratados.

Conforme lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Estados Parte del PIDCP tienen la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción.⁴³² En relación con estas obligaciones, todos los poderes del Estado “y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local”, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado y de generar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de incumplimiento de esas obligaciones.⁴³³ Los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se han pronunciado en un igual sentido. Así, la Corte Interamericana ha señalado, entre otras cuestiones, que el artículo 1.1 de la Convención Americana:

pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁴³⁴

⁴³¹ En este sentido, Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, artículo 1, principios generales y ámbito de aplicación; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Preámbulo.

⁴³² Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, párr. 3.

⁴³³ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, párr. 4.

⁴³⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164. Citado por la Corte IDH, igualmente, en: *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 163; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 154; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero

Ahora, ¿qué significa decir que un Estado Parte de estos dos tratados tiene la obligación de respetar y garantizar o asegurar los derechos humanos?

La Corte Interamericana ha dicho, en relación con la obligación de respetar los derechos, y como ya lo señalamos antes, que esta obligación establece límites y restricciones al ejercicio del poder de los Estados, que impiden la vulneración de esferas especialmente valiosas de los seres humanos o que permiten una penetración limitada a esas esferas.⁴³⁵ En este sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de los derechos reconocidos en la Convención, se está ante un supuesto de inobservancia de la obligación de respeto.⁴³⁶ El Comité de Derechos Humanos, a su vez, ha señalado, en relación con esta obligación, que los Estados “deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto”.⁴³⁷

Y con respecto a la obligación de garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado que esta obligación implica, para los Estados, la obligación positiva de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁴³⁸ Según la Corte, esto significa, como se ha señalado también en capítulos anteriores, no solo la necesidad de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de la obligación, sino la necesidad de una conducta gubernamental que asegure realmente una eficaz garantía del ejercicio de los derechos.⁴³⁹ Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de garantizar o asegurar los derechos es una obligación de carácter positivo, que implica, entre otras, la obligación de los Estados “de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas.”⁴⁴⁰

de 2001, párr. 178; y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

⁴³⁵ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 174; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165.

⁴³⁶ Al respecto, *Cfr.* Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 84.

⁴³⁷ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No.31, párr. 6.

⁴³⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr.166.

⁴³⁹ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 176; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

⁴⁴⁰ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No.31, párr. 7.

Conviene recordar, igualmente, que, adicional a estas obligaciones generales, de respetar y garantizar los derechos, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han considerado que de esas obligaciones derivan deberes especiales, “determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.⁴⁴¹

Voy a detenerme —al igual que lo hice en el capítulo anterior— en la obligación de garantizar los derechos humanos, en la medida en que creo que, dado su carácter de obligación positiva, de ella nacen deberes para el Estado colombiano de propiciar seriamente acuerdos especiales que permitan la recuperación de la libertad de las personas que se encuentran en calidad de secuestrados y de rehenes de las organizaciones armadas de oposición. Esto no excluye que de la obligación de respetar los derechos no surjan también deberes para el Estado tendientes al mismo objetivo, como sería la obligación de no realizar acciones que lesionaran o pudieran lesionar los derechos de las personas privadas ilegalmente de su libertad, en calidad de secuestradas y rehenes de dichas organizaciones.

La obligación de garantizar los derechos humanos implica, como lo vimos, la obligación del Estado de organizar todas sus estructuras de manera tal de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben, entre otras acciones, *prevenir* toda violación de los derechos, además de investigarla, sancionarla y reparar a las víctimas.⁴⁴² Y aquí es de suma relevancia recordar que la responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de sus obligaciones generales surge no solo por la acción u omisión de sus propios agentes, sino también por la acción de particulares, ante la falta de la debida diligencia de parte del Estado para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por los tratados internacionales, entre ellos, el PIDCP y la Convención Americana.⁴⁴³ Como ha dicho la Corte Interamericana, las obligaciones de respetar y garantizar son obligaciones *erga omnes* que proyectan sus efectos más allá de la relación entre los agentes del Estado y las personas sometidas a su jurisdicción, “pues

⁴⁴¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Ximenes López vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 88; *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 111.

⁴⁴² Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁴⁴³ Al respecto, Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 140; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 56; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 182; y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172.

se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.”⁴⁴⁴

De este modo, los Estados tienen la obligación de *prevenir* que terceros particulares vulneren los bienes protegidos por los derechos humanos, y un incumplimiento de esta obligación genera la responsabilidad internacional del Estado.

Conviene recordar que esta es una obligación que, como obligación de carácter positivo, los Estados deben cumplir atendiendo a ciertas condiciones de razonabilidad. En este sentido, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada, y, por tanto, un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo a los derechos. Pero se trata, en todo caso, de obligaciones de los Estados. Al respecto, y recordando lo señalado en el capítulo segundo, para que surja esta obligación positiva “debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato —[entre otros derechos]— para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”.⁴⁴⁵

¿Qué podríamos decir, entonces, a la luz de estas consideraciones, en relación con un deber del Estado colombiano de promover con seriedad acuerdos especiales tendientes a lograr la libertad de las personas que están en calidad de secuestradas y rehenes de las organizaciones armadas de oposición?

Creo que podríamos decir, en un primer momento, dos cosas. Primero, que las personas privadas ilegalmente de la libertad por las organizaciones armadas de oposición están bajo la jurisdicción del Estado colombiano y, en esa medida, el Estado está obligado a respetar y garantizar en forma efectiva sus derechos humanos. Y, segundo, que el Estado está en la obligación, en relación con estas personas, de tomar todas las medidas necesarias para garantizar efectivamente esos derechos, incluida en esa obligación la de prevenir riesgos en sus derechos a la vida y a la integridad personal. Estas obligaciones del Estado no se suspenden o reducen en razón del conflicto armado. Como sabemos, las

⁴⁴⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 85.

⁴⁴⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 123 y 124.

normas que protegen derechos humanos tienen la calidad de normas que rigen tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (esto, con independencia de la posibilidad que contemplan los tratados de suspender algunos derechos en situaciones de excepción), y, adicionalmente, hoy existe un consenso en toda la comunidad internacional en reconocer que si bien el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son dos ordenamientos jurídicos diferentes, son ordenamientos jurídicos complementarios, que se aplican simultáneamente en los contextos de conflictos armados. En este sentido, el Estado colombiano está obligado con las personas privadas ilegalmente de la libertad por las organizaciones armadas de oposición, tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho internacional humanitario, a garantizar efectivamente sus derechos.

Adicional a estas dos consideraciones de carácter general, tendríamos que tomar en cuenta otras dos de carácter más especial.

La primera, que, además del derecho a la libertad personal (que está siendo vulnerado por la acción de los grupos armados), los derechos de las personas privadas ilegalmente de la libertad por estos grupos que están en mayor riesgo son sus derechos a la vida y a la integridad personal. Estos son dos derechos fundamentales que tienen, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario, una especial protección. En relación con el derecho a la vida, la Corte Interamericana ha señalado que es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, y, en razón de ese carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. La Corte IDH ha señalado también que, de conformidad con el artículo 27.2 de la Convención Americana, el derecho a la vida “forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.”⁴⁴⁶ Por tanto, en razón del lugar fundamental que se le asigna al derecho a la vida, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho.⁴⁴⁷ En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia constante:

⁴⁴⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 150.

⁴⁴⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 151.

que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.⁴⁴⁸

Con base en estas consideraciones se podría decir, en principio, que el Estado colombiano tiene, efectivamente —y atendiendo a la cláusula de razonabilidad a la que hicimos referencia antes— una obligación positiva de crear las condiciones necesarias para evitar que el derecho a la vida de las personas privadas ilegalmente de la libertad por las organizaciones armadas sea vulnerado. Esta obligación es extensiva a la garantía del derecho a la integridad personal.

La segunda consideración especial que habría que tener también en cuenta es la condición de especial y extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las personas privadas ilegalmente de la libertad, en calidad de secuestradas y rehenes, por las organizaciones armadas. Esta situación implica para el Estado, además de las obligaciones generales, deberes especiales de protección y preservación de los derechos de estas personas. Con fundamento en estos deberes especiales, que surgen de la situación específica en la que ellas se encuentran, se podría decir —tal vez con una mayor certeza— que el Estado está en el deber de adoptar medidas de carácter especial —distintas a las medidas de carácter general— dirigidas a proteger y preservar los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, de las personas secuestradas y rehenes de las organizaciones armadas de oposición. Entre esas medidas de carácter especial, que atienden a la especial condición de vulnerabilidad de estas víctimas, podrían considerarse los acuerdos especiales con estas organizaciones tendientes a lograr la liberación de secuestrados y rehenes. En este sentido, se podría decir que, en relación con la protección de los derechos de estas personas, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario confluirían, en un tipo de medidas como serían los acuerdos especiales, en un aspecto fundamental: la protección de la persona, en su dignidad y en sus derechos más básicos.⁴⁴⁹

Ahora, es un hecho real que las acciones del Estado encaminadas a cumplir con estas obligaciones y deberes, y a propiciar seriamente, en esa dirección, acuerdos especiales con las organizaciones armadas de oposición deben

⁴⁴⁸ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 152.

⁴⁴⁹ Ver, al respecto, Adrew Clapham (2006); CICR (2008).

contar, también, con un movimiento en la misma dirección de parte de estas organizaciones. Y, esto, más allá de consideraciones políticas, responde al deber que estas organizaciones tienen de cumplir con las normas del derecho internacional humanitario, como normas imperativas que son, y de las que estas organizaciones son destinatarias directas. Esto es, si bien hay una obligación y un deber del Estado de Colombia —en su calidad de garante de los derechos de las personas bajo su jurisdicción y, en especial, de las personas situadas en condiciones de especial o extrema vulnerabilidad— de propiciar con seriedad acuerdos especiales tendientes a lograr la libertad de las personas secuestradas y rehenes de las organizaciones armadas de oposición, también hay un deber de estas organizaciones —conforme al derecho internacional humanitario— de liberar, en forma incondicional, a estas personas. Así lo ha reiterado en todos sus informes la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia.⁴⁵⁰

Y aquí voy, entonces, a detenerme en las obligaciones que impone el derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados, para tratar de precisar de dónde nacería el deber de estos grupos de propiciar seriamente acuerdos especiales con el Estado con el fin de liberar a las personas que mantienen privadas ilegalmente de la libertad, en calidad de secuestradas y rehenes. Enfatizar en el derecho internacional humanitario no significa desconocer que en el contexto internacional actual, cada vez más, los organismos internacionales exigen de estos grupos el respeto no solo de este derecho, sino también del derecho internacional de los derechos humanos, sobre la base de atribuirles obligaciones internacionales en virtud de los dos sistemas normativos.⁴⁵¹ En este sentido se ha pronunciado, entre otros, el Instituto de Derecho Internacional, al afirmar que “todas las partes en conflictos armados, aunque algunas sean entidades no estatales, e independientemente de su condición jurídica, tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario, así como los derechos humanos fundamentales.”⁴⁵² Y también el Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o

⁴⁵⁰ Ver, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/7/39, 28 de febrero de 2008, párr. 45.

⁴⁵¹ Ver, entre otras, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES1193 (1998) sobre la situación de Afganistán; S/RES(1378 (2001) sobre la situación de Afganistán; S/RES/1216 (1998) sobre la situación de Guinea-Bissau; S/RES/1509 (2003) sobre la situación de Liberia. Ver también, Naciones Unidas, Asamblea General, *Guatemala Memoria del silencio*, Resumen ejecutivo, conclusiones y recomendaciones, UN Doc. A/53/928 Anexo, 27 de abril de 1999. Para un análisis de este contexto, puede verse Clapham Andrew (2006); CICR (2008).

⁴⁵² Instituto de Derecho Internacional, *The application of international humanitarian law and fundamental human rights, in armed conflicts in which non-State entities are parties*, resolución adoptada el 25 de agosto de 1999, artículo II.

arbitrarias, en su último informe sobre Sri Lanka, ha considerado que si bien los actores no estatales no tienen obligaciones jurídicas con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sí están sujetos a la exigencia de la comunidad internacional, expresada por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de que cada órgano de la sociedad debe respetar y promover los derechos humanos.⁴⁵³

2.2. El deber de los grupos armados organizados de liberar a las personas de la población civil

Centrándonos en el derecho internacional humanitario, conviene recordar que la fuerza de este derecho está en su carácter de norma de *ius cogens* y en el carácter de objetividad que se atribuye a su vigencia, lo que determina su carácter de incondicionalidad: una vez se dan las circunstancias materiales que se ajustan a las definiciones de conflicto armado dadas por sus propias normas, el conjunto de sus prescripciones y principios rigen y obligan a los agentes vinculados directamente a las hostilidades con independencia de cuál sea la apreciación o percepción que ellos puedan tener de la situación. Igualmente, conviene recordar que el derecho internacional humanitario no admite excepciones a la aplicación de sus normas.

Conforme con este sentido y carácter del derecho internacional humanitario, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece una protección básica a las personas que no participan directamente en las hostilidades y a los heridos y enfermos, que implica obligaciones y prohibiciones para cada parte en el conflicto. Entre las obligaciones se incluye la obligación positiva de recoger y cuidar a los heridos y a los enfermos; y entre las prohibiciones están los atentados contra la vida, el homicidio en personas particulares, los tratos crueles, los tratos humillantes y degradantes, las sentencias o ejecuciones sin garantías procesales, y la toma de rehenes. Estas obligaciones y prohibiciones son imperativas para cada una de las partes del conflicto, y su vulneración implica responsabilidad internacional individual, que hoy se materializa en la posibilidad de investigaciones, juicios y sanciones penales por tribunales penales internacionales. Así, por ejemplo, en una de sus decisiones, el Tribunal Penal para Sierra Leona se pronunció al respecto recordando que “está bien establecido que todas las partes en un conflicto armado, sean actores estatales o

⁴⁵³ Cfr. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Informe del Relator Especial Philip Alston, Doc. E/CN.4/2006/53/Add. 5, 27 de marzo de 2006, párr. 25.

no estatales, están vinculados por el derecho internacional humanitario, aunque sólo los Estados puedan ser Partes en los tratados internacionales”.⁴⁵⁴

Adicional al artículo 3 común, el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1949 establece, en forma más específica, para los conflictos armados de carácter no internacional, entre otras de sus disposiciones, la prohibición, en todo tiempo y lugar, con respecto a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, de: “a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; g) el pillaje; h) las amenazas de realizar los actos mencionados.”⁴⁵⁵ Igualmente, las disposiciones del Protocolo II prohíben expresamente el ataque a la población civil y a las personas civiles.⁴⁵⁶

Se entiende, entonces, conforme a estas prohibiciones, que la privación ilegal de la libertad, en la forma de secuestro y toma de rehenes, por los grupos armados organizados de las personas protegidas por el derecho internacional humanitario configura una violación de sus disposiciones. De esta prohibición imperativa emerge el deber de las organizaciones armadas de oposición de liberar incondicionalmente a las personas privadas ilegalmente de su libertad, como secuestradas y rehenes. Esto, con independencia de la responsabilidad internacional individual que nace de estas acciones y de la competencia que sobre ellas tiene hoy la Corte Penal Internacional.

Una manera de avanzar en el cumplimiento de este deber podría ser, también del lado de las organizaciones armadas de oposición, propiciar seriamente acuerdos especiales con el Estado, mediante los cuales se garantice en forma adecuada y sin riesgo para la vida e integridad personal de las víctimas secuestradas y tomadas como rehenes, su regreso a la libertad. Este sería un mínimo —ajustado al derecho internacional humanitario— que, en ningún caso, afectaría la posibilidad de acuerdos especiales más amplios, referidos no solo a las obligaciones del derecho internacional humanitario, sino, también, como ha

⁴⁵⁴ Cfr. SCSL, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (Case No. SCSL-2004-14-AR72 (E)), Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), Fallo del 31 de mayo de 2004, párr. 22.

⁴⁵⁵ Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 4.2.

⁴⁵⁶ Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 13.2

sucedido en otros países —por ejemplo en El Salvador⁴⁵⁷— al compromiso de las organizaciones armadas de oposición de respeto de los derechos humanos, fundado en el respeto de la persona humana y de su dignidad.

Podría decirse, entonces, ya para concluir que, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado —conforme al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario— el Estado colombiano tiene tanto una obligación general como un deber especial de propiciar seriamente acuerdos especiales con las organizaciones armadas de oposición para lograr la liberación de las personas privadas ilegalmente de su libertad por estas organizaciones. Y, que, a su vez, las organizaciones armadas de oposición están en el deber —conforme al derecho internacional de los derechos humanos— de liberar sin condiciones a esas personas. En esta medida, esas organizaciones deberían propiciar seriamente los acuerdos con el Estado que permitieran la concreción de esa obligación, sin riesgo para la vida y la integridad personal de las personas que mantienen secuestradas y en calidad de rehenes.

⁴⁵⁷ Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, entre el Estado de El Salvador y el Frente Farabundo Martí (FMNL), firmado el 26 de julio de 1990, UN Doc. A/44 /971-S/21541 del 16 de agosto de 1990, Anexo.



BIBLIOGRAFÍA



LIBROS Y ARTÍCULOS

- Abreu Burelli, A. (2005), “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 87 - 149.
- Agamben, G. (2000), *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Valencia: Pre-textos.
- Amnistía Internacional (2001), *Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de tortura*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional.
- Botero, Catalina y Restrepo, Esteban (2006), “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia” en *¿La justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Ediciones Antropos, pp. 45 - 107.
- Bovino, A. (2004), “Violencia de género; delitos sexuales y justicia penal”, ponencia presentada en el *II Seminario Interamericano sobre Género y Justicia: Delitos Sexuales*, 25 y 26 de noviembre de 2004, San Pedro Sula, Honduras, disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/bovino-violencia-genero.pdf>
- Casado R., Rafael (1999), *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*, Córdoba: Universidad de Córdoba.
- CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Law School (2005), *Amicus Curiae presentado a la Corte Constitucional en el proceso de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005*, Washington: www.cejil.org.
- Clapham, A., (2006), “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, *International Review of the Red Cross*, septiembre de 2006, No. 863.

- Comisión Internacional de Juristas (2006), *El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos. Guía para profesionales*, Ginebra y Bogotá: CIJ.
- De Greiff, Pablo (2006), “Enfrentar el pasado: reparaciones por abusos graves a los derechos humanos” en: Camila de Gamboa (editora académica), *Justicia Transicional: teoría y praxis*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, pp. 204 - 241.
- De Greiff, Pablo (2007), “La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia” en: Mo Bleeker (ed.), *El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*, conference paper 3/2007, Serie Enfrentando el pasado (Dealing with the Past), Bogotá: Departamento Federal de Asuntos Exteriores de la Confederación Suiza e ICTJ, pp. 25 - 35.
- De Greiff, Pablo (ed.) (2006), *Handbook of reparations*, New York: Oxford University Press.
- Del Ponte, Carla (2009), *La caza. Yo y los criminales de guerra*, Barcelona: Ariel.
- Due Process of Law Foundation, Autores Varios (2007), *Victims unsilenced. The Inter-American Human Rights System and transitional justice in Latin America*, Washington: Due Process of Law Foundation.
- Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel Derecho.
- Elster, Jon (2006), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva*, Buenos Aires: Katz.
- Ferrara, A (2008), *La fuerza del ejemplo. Exploraciones del paradigma del juicio*, Barcelona: Gedisa.
- Flanagan, O. (1991), *Varieties of moral personality. Ethics and psychological realism*, Cambridge: Harvard University Press.
- García Ramírez, S. (2005), “La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 3-85.
- Garzón Valdés, E. (1993), “La democracia argentina actual: problemas ético-políticos de la transición” en: *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 873-891.
- Hart, H.L.A. (1995), *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hayner, P. (2001), *Unspeakable truths: confronting state terror and atrocity*. N.Y: Routledge.
- Huhle, Reiner (2005), “De Nüremberg a la Haya”. *Análisis Político*, No. 55 sep./dic.
- Ignatieff, M. (1999), *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*, Madrid: Taurus.
- IIDH, Autores Varios (2005), *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, San José: IIDH.
- Kant, I. (1795/2001), *La paz perpetua*, Madrid: Mestas.
- Levi, P. (2001), *Los hundidos y los salvados*, Barcelona: Aleph Editores.

- Luhmann, N. (1994), “El derecho como sistema social”, *No Hay Derecho*, No. 11, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 29-33.
- Margalit, A. (2002), *The ethics of memory*, Cambridge, Massachussets, London, England: Harvard University Press.
- Mate, M.R. (2003), “El testigo, entre la palabra y el silencio”, en: *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Madrid: Trotta.
- Medina Quiroga, C. (2005), “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 209 - 270.
- Méndez, J. (1997), “In defense of transitional justice” en: Mc Adams (Ed.), *Transitional justice and the rule of law in new democracies*, Notre Dame and London: University of Notre Dame.
- Méndez, J. (2007), “Lessons learned”, en: *Victims unsilenced. The Inter-American Human Rights System and transitional justice in Latin America*, Washington: Due Process of Law Foundation, pp. 191 - 202.
- Nino, C. S. (1991), “The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina”, *Yale Law Journal*, June 1991.
- Nino, C. S. (1998), *Radical evil on trial*, USA: Yale University Press.
- Nussbaum, M. (1998), “Capacidades humanas y justicia social. En defensa del esencialismo aristotélico” en J.Riechman (coord.), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid: Los Libros de La Catarata, pp. 43-104.
- Orozco, I. (2009), *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá: Temis – Universidad de los Andes.
- Osiel, M. (2000), *Mass atrocity collective memory, and the law*, New Jersey: Transaction Publishers.
- Putnam, H. (2004), *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Ramelli, A. (1999), *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.12, Bogotá.
- Rawls, J. (1999), *Justicia como equidad*, Madrid: Tecnos.
- Rawls, J. (2000), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona: Paidós.
- Rettberg, A. (ed.) (2005), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Ediciones UNIANDES/IDRC.
- Rincón, T. (2009), “The Judicial Protection of Internall y Displaced Persons in Colombia: National and Inter-American Perspectives” en Rodolfo Arango (ed.), *Judicial Protection of Internall y Displaced persons: The Colombian experience*, Washington: The Brookings Institution - University of Bern.
- Salmón, E. (2006), “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, *International Review of the Red Cross*, junio de 2006, No. 862.
- Teitel, R. (2000), *Transitional justice*. N. Y: Oxford University Press.

- Teitel, R. (2003), "Transitional justice genealogy," *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, pp. 69-94.
- Tugendhat, E. (1997), *Lecciones de ética*, Barcelona: Gedisa.
- Uprimny, R. (2006), "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en *¿La justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, pp. 17 - 44.
- Uprimny, R. y Saffon M. P. (2006), "Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial", en *¿La justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, pp. 141 - 171.

DOCUMENTOS E INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

- CICR (2001), "Comentario a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949", en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. III, Bogotá, 2001.
- CICR (2003), Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, *Las personas dadas por desaparecidas y sus familias, Recomendaciones para la elaboración de una legislación nacional*, 31 de mayo de 2003, disponible en: [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5M7Z/\\$FILE/Personas_desaparecidas_y_recomendaciones_desaparecidas.pdf](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5M7Z/$FILE/Personas_desaparecidas_y_recomendaciones_desaparecidas.pdf)
- CICR (2004), *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario*, Carpeta Informativa, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, 21- 4 - 2004.
- CICR (2008), *Integración del derecho*, Ginebra: CICR, febrero de 2008.
- Instituto de Derecho Internacional (1999), *The application of international humanitarian law and fundamental human rights, in armed conflicts in which non-State entities are parties*, resolución adoptada el 25 de agosto de 1999.
- Naciones Unidas (1990), Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, entre el Estado de El Salvador y el Frente Farabundo Martí (FMNL), firmado el 26 de julio de 1990, UN Doc. A/44 /971-S/21541 del 16 de agosto de 1990.
- Naciones Unidas (2003), ACNUR, *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y retornadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, mayo de 2003.
- Naciones Unidas (1973), Asamblea General, Resolución 3074 (XXVIII), *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad*, 3 de diciembre 1973.
- Naciones Unidas (1973), Asamblea General, Resolución 2583 (XXVI), *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad*, 15 de diciembre 1973.

- Naciones Unidas (1985), Asamblea General, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*, Resolución 40/34 de 1985.
- Naciones Unidas (1998), Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.
- Naciones Unidas (1999), Asamblea General, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999.
- Naciones Unidas (1999), Asamblea General, *Guatemala Memoria del Silencio*, Resumen ejecutivo, conclusiones y recomendaciones, UN Doc. A/53/928 Anexo, 27 de abril de 1999.
- Naciones Unidas (1999), Asamblea General, Resolución A/RES/54/119, 2 de diciembre de 1999.
- Naciones Unidas (2005), Asamblea General, *Informe del Secretario General, Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad, y derechos humanos para todos*, A/59/2005, 21 de marzo 2005.
- Naciones Unidas (2005), Asamblea General, Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005.
- Naciones Unidas (2006), Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.
- Naciones Unidas (2001), Comisión de Derecho Internacional, UNDoc.A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.
- Naciones Unidas (1981), Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/81, 21 de abril de 1981.
- Naciones Unidas (1993), Comisión de Derechos Humanos, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.
- Naciones Unidas (1994), Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Informe preliminar, E/CN.4/1995, 42, 22 de noviembre 1994.
- Naciones Unidas (1997), Comisión de Derechos Humanos, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.
- Naciones Unidas (2001), Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, *El derecho a la alimentación*, E/CN.4/2001/53 de 7 de febrero de 2001.
- Naciones Unidas (2004), Comisión de Derechos Humanos, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a*

- los Estados a reforzar su capacidad con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004.
- Naciones Unidas (2004), Comisión de Derechos Humanos, *Aplicación universal de los tratados internacionales de derechos humanos*, Informe preliminar preparado por el Sr. Emmanuel Decaux, Relator Especial encargado de realizar un estudio detallado sobre la aplicación universal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/8, 6 de julio de 2004.
- Naciones Unidas (2005), Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero 2005.
- Naciones Unidas (2005), Comisión de Derechos Humanos, *Informe de Diane Orenlitcher. Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102, 18 de febrero 2005.
- Naciones Unidas (2005), Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, 20 de abril 2005.
- Naciones Unidas (2005), Comisión de Derechos Humanos, *Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Informe definitivo del relator especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro, Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*, E/CN.4/Sub.2 (2005)/17, 28 de junio de 2005.
- Naciones Unidas (2006), Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences, E/CN.4/2006/61, 20 de enero 2006.
- Naciones Unidas (2006), Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, Philip Alston, 27 de marzo de 2006, E/CN.4/2006/53/Add.5.
- Naciones Unidas (1997), Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, *Utilización y aplicación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal*, Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997.
- Naciones Unidas (1982), Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, *Derecho a la vida*: 30/07/82.
- Naciones Unidas (1983), Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 107/1981: Uruguay*. 21/07/83, CCPR/C/19/D/107/1981, 21 de julio 1983.
- Naciones Unidas (1988), Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 162/1993, Omar Berterretche Acosta*, 25 de octubre de 1988.
- Naciones Unidas (1989), Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 196/1985, Ibrahima Gueye y otros*, 3 de abril de 1989.
- Naciones Unidas (1989), Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18. *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989.

- Naciones Unidas (1990), Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No.167/1984, Jefe Bernard Ominayak y miembros de la Agrupación del Lago Lubicon*, 26 de marzo de 1990.
- Naciones Unidas (1990), Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No.195/1985, William Eduardo Delgado Páez*, 12 de julio de 1990.
- Naciones Unidas (1992), Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 20, *Reemplaza a la observación general 7, Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles*: 10/03/92.
- Naciones Unidas (1996), Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala* 03/04/96. CCPR/C/79/Add. 63, 3 de abril 1996.
- Naciones Unidas (2000), Comité de Derechos Humanos, *Examen de informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. República del Congo*, CCPR/C/79/Add.118, 25 de abril de 2000.
- Naciones Unidas (2000), Comité de Derechos Humanos, *Caso Lyashkevich v. Belarus*. Comunicación No. 887/1999, UN. Doc. CCPR/C/77/D/950/2000.
- Naciones Unidas (2000), Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29 de marzo de 2000.
- Naciones Unidas (2004), Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29 de marzo de 2004.
- Naciones Unidas (1992), Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación general No. 19, *La violencia contra la mujer*, 1992.
- Naciones Unidas (2007), Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Opinión, Comunicación No. 6/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, 1º de octubre 2007.
- Naciones Unidas (2008), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Bélgica, CEDAW /C/BEL/CO/6, 7 de noviembre de 2008.
- Naciones Unidas (2008), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Uruguay, CEDAW /C/URY/CO/7, 14 de noviembre de 2008.
- Naciones Unidas (2008), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Bahrein, CEDAW /C/BHR/CO/2, 14 de noviembre de 2008.
- Naciones Unidas (2000), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación No. XXV, *Relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 2000.
- Naciones Unidas (2007), Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, A/HRC/4/48, 5 de marzo de 2007.
- Naciones Unidas (2000), Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, Philip Alston, 2 de mayo de 2008, A/HRC/8/3.

- Naciones Unidas (2008), Consejo de Derechos Humanos, Resolución del 24 de septiembre de 2008, A/HRC/9/L.11.
- Naciones Unidas (1993), Consejo de Seguridad, *Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia*, S/Res/827 (1993), 25 de mayo 1993.
- Naciones Unidas (1994), Consejo de Seguridad, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, S/Res/955 (1994), 8 de noviembre 1994.
- Naciones Unidas (1998), Consejo de Seguridad, S/RES1193 (1998) sobre la situación de Afganistán.
- Naciones Unidas (1998), Consejo de Seguridad, S/RES/1216 (1998) sobre la situación de Guinea-Bissau.
- Naciones Unidas (2000), Consejo de Seguridad, Resolución 1325 de 2000, S/RES/1325 (2000).
- Naciones Unidas (2001), Consejo de Seguridad, S/RES (1378 (2001) sobre la situación de Afganistán.
- Naciones Unidas (2003), Consejo de Seguridad, S/RES/1509 (2003) sobre la situación de Liberia.
- Naciones Unidas (2007), Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General sobre la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste correspondiente al período comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2007*, S/2007/50, 1º de febrero de 2007.
- Naciones Unidas (2007), Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General sobre la solicitud de Nepal relativa a la asistencia de las naciones unidas a su proceso de paz*, S/2007/7, 9 de enero de 2007.
- Naciones Unidas (2007), Consejo de Seguridad, *Primer informe del Secretario General sobre la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Burundi*, S/2007/287, 17 de mayo de 2007.
- Naciones Unidas (2007), Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General presentado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 30 de la Resolución 1546 (2004)*, S/2007/330, 5 de junio de 2007.
- Naciones Unidas (2008), Consejo de Seguridad, *Consejo de Seguridad, Cuarto Informe del Secretario General sobre la Oficina Integrada de las Naciones Unidas en Burundi*, S/2008/745, 28 de noviembre de 2008.
- Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observación general sobre el artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observación general sobre el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Naciones Unidas (2007), Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias –Honduras, *misión a Honduras*, Tegucigalpa 2 de febrero de 2007.

- Naciones Unidas (2007), Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias –El Salvador, *misión a El Salvador*, San Salvador, 7 de febrero de 2007.
- Naciones Unidas (1996), Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, Beijing 4 a 15 de septiembre de 1995, New York, 1996, A/CONF.177/20/Rev.1.
- Naciones Unidas (2001), Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional No. 8, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Naciones Unidas (2005), Oficina de la Alta Comisionada para Derechos Humanos, Oficina en Colombia, *Los procesos de negociación con grupos armados ilegales necesitan un marco jurídico que respete los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación como presupuesto básico para alcanzar una paz sostenible y una sociedad reconciliada*, Bogotá, 24 de febrero de 2005.
- Naciones Unidas (2006), Oficina de la Alta Comisionada para Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades en Post-conflicto. Comisiones de Verdad*, New York y Ginebra, 2006.
- Naciones Unidas (2006), Oficina de la Alta Comisionada para Derechos Humanos, Informe anual, 2006.
- Naciones Unidas (2008), Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/7/39, 28 de febrero de 2008.
- Naciones Unidas (2008), Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades en post-conflicto. Programas de reparaciones*, New York y Ginebra, 2008.
- OEA (1996), CIDH, el *Caso Raquel Martín de Mejía (Perú)*, Informe de Fondo, No. 5/96, 1 de marzo de 1996.
- OEA (2000), CIDH, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, octubre de 2000.
- OEA (2001), CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, Informe de Fondo No. 4/01, 19 de enero de 2001.
- OEA (2001), CIDH, *María da Penha Maia Fernandes*, Informe de Fondo, No. 54/01, 16 de abril de 2001.
- OEA (2002), CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.ii6 Doc.5 Rev 1 corr. 22 octubre 2002.
- OEA (2004), CIDH, *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60, 13 de diciembre 2004.
- OEA (2005), CIDH, *Manual sobre reparaciones*, 15 de julio de 2005.
- OEA (2006), CIDH, *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.125, Doc. 15, 1º de agosto 2006.
- OEA (2006), CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, 18 de octubre 2006.

- OEA (2007), CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 20 de enero de 2007.
- OEA (2007), CIDH, Informe No.1/07, Caso 11.878, Admisibilidad, *Azucena Ferry Echaverry y otros*, Nicaragua, 27 de febrero de 2007.
- OEA (2007), CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007.
- OEA (2007), CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, 7 de septiembre de 2007.
- OEA (2007), CIDH, Informe No. 80/07, Caso 11.658, Fondo, *Martín Pelicó Coxic*, Guatemala, 15 de octubre de 2007.
- OEA (2008), CIDH, *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*, OEA/Ser.L/V/II.131, 19 febrero 2008.
- OEA (2008), Asamblea General, *El derecho a la verdad*, AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.
- OEA (2008), CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Manuel Cepeda Vargas, Caso 12.531 contra Colombia, 14 de noviembre de 2008.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- ECHR (2004), *Ayder et al v. Turkey Case*, no. 23656/94, Judgment of 8 January 2004.
- ECHR (2004), *Doğan and Others Case*, nos. 8803-8811/02, 8813/02 and 8815-8819/02, judgment of 29 June 2004.
- ECHR (2006), *İçyer v. Turkey Case*, no. 18888/02, decision of 12 January 2006.
- ECHR (2006), *Key case-law issues, Exhaustion of Domestic Remedies*, Updated 18/04/2006.
- ECHR (2007), *Case of Gamble v. The United Kingdom*, Application no. 68056/01, Judgment, 9 January 2007.
- ECHR (2007), *Case of Kunik v. Croatia*, Application no. 22344/02, Judgment, 11 January 2007.
- ECHR (2007), *Case of Rakitin v. Ukraine*, Application no. 7675/04, Judgment, 11 January 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA)

- ICJ (2002), *Background information concerning the right to remedy and reparation*, 10 September 2002.
- ICJ (2004), *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva*, 9 de julio de 2004, A/ES-10/273.

ICJ (2007), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia, 26 de febrero de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH (1985), *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH (1986), *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte IDH (1988), *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH (1989), *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte IDH (1993), *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

Corte IDH (1994), *Caso Colotenango*. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de junio de 1994.

Corte IDH (1995), *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995.

Corte IDH (1997), *Caso Giraldo Cardona*, Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 1997.

Corte IDH (1998), *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones y costas, sentencia de 27 de agosto de 1998.

Corte IDH (1998), *Caso Castillo Páez. Reparaciones vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte IDH (1998), *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte IDH (1999), *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999.

Corte IDH (2000), *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000.

Corte IDH (2000), *Caso de la Comunidad de San José de Apartadó. Medidas provisionales*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000.

Corte IDH (2001), *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH (2001), *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte IDH (2001), *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001.

Corte IDH (2001), *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001.

- Corte IDH (2001), *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones y costas*, sentencia de 26 de mayo de 2001.
- Corte IDH (2001), *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH (2001), *Caso Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares*, sentencia de 7 de septiembre de 2001.
- Corte IDH (2002), *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de febrero de 2002.
- Corte IDH (2002), *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002.
- Corte IDH (2002), *Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y costas*, sentencia de 29 de agosto de 2002.
- Corte IDH (2003), *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Corte IDH (2003), *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- Corte IDH (2004), *Caso Molina Theissen vs. Guatemala, Reparaciones y costas*, sentencia de 3 de julio de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones* (art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre de 2004.
- Corte IDH (2004), *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004.
- Corte IDH (2005), *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1º de marzo de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso Yátama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

- Corte IDH (2005), *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- Corte IDH (2005), *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de noviembre de 2005.
- Corte IDH (2006), *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso del Internado Judicial de Monagas ("La Pica"). Medidas urgentes*. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso del Internado Judicial de Monagas ("La Pica"). Medidas provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare). Medidas provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala. Medidas urgentes*. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de abril de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Goiburú y otros vs. Perú*, sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Almonacid Arellanos y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Corte IDH (2006), *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte IDH (2007), *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de 11 de mayo de 2007.

- Corte IDH (2007), *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007.
- Corte IDH (2007), *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia de 22 de noviembre de 2007.
- Corte IDH (2007), *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Corte IDH (2008), *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Corte IDH (2008), *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de septiembre de 2008.
- Corte IDH (2008), *Caso Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008.
- Corte IDH (2008), *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008.
- Corte IDH (2009), *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009.
- Corte IDH (2009), *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH (2009), *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

DECISIONES JUDICIALES INTERNACIONALES

- Permanent Court of International Justice* (Corte Permanente Internacional de Justicia). PCIJ (1928), *Case concerning the Factory at Chorzów*, Judgment No. 13 of 1928.
- PCIJ (1970), *Case concerning the Barcelona Traction*, Bélgica v. España, Reports 1970.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

- Commission Africaine des Droits de L'Homme et des Peuples (1999), *Decisions sur les communications présentées devant la Commission*, 26ème Session Ordinaire, Kigali, novembre, 1999, 140/94, 141/94 et 145/95 Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation et Media Rights Agenda c/ Nigeria.
- Commission Africaine des Droits de L'Homme et des Peuples (2000), *Decisions sur les communications présentées devant la Commission*, aux 28è Session Ordinaire, Cotonou, novembre 2000, 97/93 John K. Modise c/ Botswana.

Tribunales penales internacionales

- ICC (2007), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision of Pre-Trial Chamber following the confirmation of charge hearing. 29.01.2007.
- ICTR (1998), *Prosecutor v. Kambanda*. Case No. ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence, 4 September 1998.
- ICTR (2006), *Le Procureur c. Athanase Seromba*. Case No. ICTR-2001-66-T, Judgement 13 décembre 2006.

- ICTY (1996), *Prosecutor v. Erdemovic*. Case No. IT-96-22bis, Sentencing Judgement, 29 November 1996.
- ICTY (1998), *Prosecutor v. Erdemovic*. Case No. IT-96-22bis, Sentencing Judgement, 5 March 1998.
- ICTY (2000), *Prosecutor v. Kupreskic et al.* Case No. IT-95-16-A, Trial Judgement, 14 January 2000.
- ICTY (2001), *Prosecutor v. Todorovic*. Case No. IT-95-9/1-S, Sentencing Judgement, 31 July 2001.
- ICTY (2003), *Prosecutor v. Biljana Plavsic*. Case No. IT-00-39&40/1, Trial Judgement of 23 February 2003.
- ICTY (2003), *Prosecutor v. Dragan Nikolic*. Case No. IT-94-2-S, Trial Judgement of 18 December 2003.
- ICTY (2004), *Prosecutor v. Milan Babic*. Case No. IT-03-72-S, Trial Judgement of 29 June 2004.
- ICTY (2006), *Prosecutor V. Stanislav Galic*, Case No. IT-98-29-A, in the Appeals Chamber, Judgement: 30 November 2006.
- SCSL (2004), *Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamara*, Case No. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E), Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004.
- SCSL (2004), *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72 (E), Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), Fallo del 31 de mayo de 2004.
- SCSL (2007), *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, SCSL-2004-16-PT, Judgement 20 June 2007.
- SCSL (2007), *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, Case no. SCSL-04-16-7, Sentencing Judgement, 19 July 2007.

Documentos nacionales

- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, Informes I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, disponible en: codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52
- CNNR (2007), *Recomendación de criterios de reparación y proporcionalidad restaurativa*, Bogotá.

Decisiones judiciales nacionales

Consejo de Estado de Colombia

- Consejo de Estado (2007), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG), 15 de agosto de 2007.

Corte Constitucional Colombiana

Corte Constitucional (1995), sentencia No. C-225/95, de 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000), sentencia C-1404 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2004), sentencia T-025, de 22 de enero de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2005), sentencia C-822 de 2005, de 10 de agosto de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2006), sentencia C-370/06, 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006), Auto 218/06, de 11 de agosto de 2006.

Corte Constitucional (2008), Auto 092/08, de 14 de abril de 2008.

Este libro fue compuesto en
caracteres Times New Roman de 11 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de marzo de 2010,
Bogotá, D.C., Colombia

El tema del libro es la protección de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición en un contexto de justicia transicional. Su objetivo es contribuir a la reflexión teórica sobre la justicia y los estándares internacionales que hoy protegen estos derechos, así como contribuir a su defensa y promoción en contextos transicionales. En este sentido, el libro está dirigido a quienes trabajan, desde la teoría, en temas de justicia transicional y en derecho internacional de los derechos humanos, a funcionarios del Estado interesados y/o responsables de estos temas, a organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, a organizaciones sociales vinculadas y/o interesadas en temas de justicia transicional, a víctimas de graves violaciones de derechos humanos, a profesionales de distintas disciplinas interesados en el tema de la justicia transicional, a profesores universitarios vinculados a los temas de justicia transicional y derecho internacional de los derechos humanos y a estudiantes interesados a este tema.

El contenido del libro se desarrolla en cinco capítulos, que abordan cada uno de los derechos y su concreción en un contexto como el de Colombia.



ISBN